

Università degli Studi di Genova

Dottorato di ricerca in Diritto

***Curriculum* in diritto costituzionale interno, comparato ed europeo**

Ciclo XXXII

SICUREZZA E DIRITTI FONDAMENTALI: ANTITESI O BINOMIO?

Candidata

Dott.ssa Chiara Graziani

Supervisor

Chiar.ma Prof.ssa Lara Trucco

Chiar.ma Prof.ssa Arianna Vendaschi

Esame finale a.a. 2019/2020

INDICE

pag.

Introduzione

VII

CAPITOLO I

SICUREZZA, TERRORISMO E DIRITTI: UNA RELAZIONE COMPLESSA

1.	Il concetto di “sicurezza”: un necessario punto di partenza	11
	1.1. Storia e sviluppo della nozione filosofico-politologica di “sicurezza”: dalle origini all’età moderna	13
	1.2. Il concetto di sicurezza nel dato normativo: dalle dichiarazioni americane alle carte dei diritti contemporanee	16
	1.3. Il terrorismo internazionale e la nozione di sicurezza: un cambiamento epocale?	21
	1.4. Gli interrogativi circa una “nuova” idea di sicurezza	26
2.	Sicurezza vs. diritti: linee di tendenza in ottica comparata dopo l’11 settembre 2001 e possibili classificazioni	30
	2.1. <i>War on terror</i> vs. <i>criminal law approach</i>	31
	2.2. Emergenza vs. “normalità”	37
3.	La separazione dei poteri “rivisitata” alla luce dell’evoluzione delle <i>counter-terrorism measures</i>	47

CAPITOLO II

LA LOTTA AL TERRORISMO INTERNAZIONALE: LE DINAMICHE DEI POTERI

1.	Introduzione	51
2.	Misure antiterrorismo tra Legislativo ed Esecutivo	53
	2.1. Misure antiterrorismo ed emergenza. La dinamica Legislativo-Esecutivo nel caso britannico e in quello francese	54

2.2. Legislazione antiterrorismo e <i>drafting</i> : l'utilizzo delle <i>sunset clauses</i> e di tecniche equivalenti	57
2.2.1. I Paesi di <i>common law</i>	59
2.2.2. <i>Sunset clause</i> e <i>civil law</i> ?	64
2.3. Legislazione antiterrorismo e <i>iter legis</i> : fra <i>civil law</i> e <i>common law</i>	66
2.3.1. La Francia e la <i>procedure accélérée</i>	67
2.3.2. Il Regno Unito e la <i>fast-track procedure</i>	70
2.3.3. L'uso degli atti aventi forza di legge e della potestà normativa dell'Esecutivo nell'ordinamento italiano	74
3. Misure antiterrorismo tra Esecutivo e Giudiziario	77
3.1. L'uso strumentale del segreto di Stato e il <i>self-restraint</i> delle corti: il segreto come <i>political question</i> ?	78
3.2. L'utilizzo di prove segrete e la "amministrativizzazione" dei procedimenti in materia di terrorismo	85

CAPITOLO III

LA LOTTA AL TERRORISMO INTERNAZIONALE: IMPATTO SULLE DINAMICHE DELLA FORMA DI STATO

<i>Introduzione</i>	93
Sezione I	
1. <i>Privacy</i> e protezione dei dati personali: evoluzione e contestualizzazione nella prospettiva statunitense	97
2. <i>Privacy</i> e protezione dei dati personali: evoluzione e contestualizzazione nella prospettiva europea	104
3. <i>Privacy</i> e protezione dei dati personali: relazioni reciproche e analogie	110
4. Terrorismo e sorveglianza delle comunicazioni	114
4.1. <i>Case-study</i> : la Francia e la <i>loi sur le renseignement</i>	122
4.2. <i>Case-study</i> : l'Italia e la disciplina sulla <i>data retention</i>	128

5.	Terrorismo e scambio transnazionale di dati	132
5.1.	La disciplina dell'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) tra Unione europea e Paesi terzi.	133
5.2.	Il <i>Terrorist Finance Tracking Program</i>	143
Sezione II		
1.	La libertà di espressione nella prospettiva statunitense	146
2.	La libertà di espressione nella prospettiva europea	150
3.	Le sfide del terrorismo alla libertà di espressione: il messaggio "radicalizzante"	160
3.1.	Le risposte dei legislatori al c.d. <i>terrorist speech</i>	163
3.1.1.	<i>Case-study</i> sul <i>law enforcement approach</i> : una comparazione tra il <i>Terrorism Act</i> 2006 britannico e il codice penale italiano	174
3.1.2.	<i>Case-study</i> sull' <i>administrative measures approach</i> : una comparazione tra Regno Unito e Francia alla luce degli sviluppi euro-unitari	180
	<i>Osservazioni conclusive</i>	187
	Bibliografia	193

Introduzione

La necessità di tutelare la sicurezza dei propri cittadini da minacce di diversa origine e natura rientra fra le finalità primarie di uno Stato. A partire dall'11 settembre 2001, data in cui sono stati perpetrati gli attacchi alle Twin Towers e al World Trade Center, poi rivendicati dall'organizzazione terroristica Al-Qaeda, il terrorismo internazionale di matrice jihadista campeggia come una tra le principali sfide alla sicurezza. Allo stesso tempo, esso mette in dubbio la solida tenuta di quelle tutele fino a tale momento "date per scontate" come capisaldi dello Stato di diritto. Il riferimento è, anzitutto, ai diritti fondamentali della persona, che non di rado vengono posti sotto *stress* dalle misure con le quali i poteri pubblici si impegnano a garantire la sicurezza o, almeno, a fare sì che i cittadini si sentano "meno insicuri".

La presente ricerca prende in esame, in un'ottica di diritto costituzionale e con approccio comparatistico, le reazioni che le democrazie c.d. mature hanno adottato per fare fronte alla situazione descritta. In particolare, si intende verificare se il perseguimento dell'obiettivo di reprimere e, laddove possibile, prevenire gli atti terroristici stia cambiando il concetto giuridico di "sicurezza" e, con esso, alcuni canoni fondanti del diritto costituzionale tradizionale.

Per analizzare il tema e provare a dare una risposta a questa domanda, tanto impegnativa quanto affascinante, si è ritenuto di procedere esaminando l'impatto delle politiche antiterrorismo – e delle conseguenti misure sostanziate in leggi e provvedimenti di stampo repressivo, ma soprattutto preventivo – su alcune dinamiche essenziali del diritto costituzionale. Nello specifico, ci si riferisce al rapporto fra i poteri dello Stato – la classica triade Legislativo, Esecutivo, Giudiziario – e alle relazioni, ascrivibili ad una certa accezione dell'idea di forma di Stato, tra autorità e libertà e dunque, fra i pubblici poteri e i cittadini, laddove i secondi sono destinatari di diritti riconosciuti e garantiti dai primi. Questo scenario, però, non può essere preso in considerazione se non dopo aver chiarito le elaborazioni teoriche alla base dell'idea di "sicurezza".

Seguendo questo schema, il Capitolo I individua il concetto di sicurezza come indispensabile punto di partenza dell'analisi. Pertanto, si occupa di approfondire la sicurezza dal punto di vista giuridico, ma anche filosofico e politologico. Tale Capitolo assume, in primo luogo, un'angolazione diacronica, per poi curvare su come l'evoluzione storica del concetto in parola e, con essa, quelli che sembravano essere dei "punti fermi" raggiunti dalla riflessione dottrinale e dagli approdi giurisprudenziali in materia di sicurezza, siano stati messi in discussione dagli accadimenti dell'11 settembre 2001 e dagli eventi che si sono verificati, a seguire, fino ai giorni nostri. Ciò conduce a rilevare alcune linee di tendenza nelle risposte giuridiche al fenomeno del terrorismo, utili sia a comprendere come il difficile

rapporto sicurezza-diritti sia in fase di cambiamento sia ad aprire ai successivi sviluppi dell'analisi.

Il Capitolo II prende le mosse da quanto rilevato in precedenza circa i *trends* a cui i legislatori e i governi, nel panorama comparato, tendono ad uniformarsi nello sforzarsi di prevenire e contrastare il terrorismo internazionale. Su tali premesse, il Capitolo si prefigge di analizzare come le misure in questione impattino sui rapporti, rispettivamente, tra Legislativo ed Esecutivo e tra Esecutivo e Giudiziario. Il primo snodo tematico enunciato, nell'andare a scandagliare le relazioni tra le assemblee legislative e i governi, insiste sulla dinamica propria della forma di governo in senso stretto e su come essa sia soggetta a torsioni, talvolta istituzionalmente imposte ma altre volte *de facto*, a causa dell'adozione di misure antiterrorismo. Il secondo tema, invece, apre la prospettiva ai rapporti tra il potere politicamente sensibile per eccellenza, ossia l'Esecutivo, e quello che, invece, viene definito spesso come "contropotere", cioè il Giudiziario, che, in una condizione di "normalità" dovrebbe agire nel senso di bilanciare e contenere eventuali derive da parte degli altri due poteri. L'osservazione della dinamica Esecutivo-Giudiziario, peraltro, funziona da utile *trait d'union* per legare con l'indagine successiva, che verifica come l'antiterrorismo stia cambiando il volto di quelle garanzie che i pubblici poteri sono tenuti a riconoscere in capo ai cittadini. Le corti, infatti, hanno il fondamentale ruolo di interpretare il *diritto oggettivo* e, quindi, "dare corpo" a quei *diritti soggettivi* previsti dai testi costituzionali e da altri strumenti giuridici, anche di matrice sovranazionale.

Il Capitolo III si concentra proprio sulle ripercussioni delle misure antiterrorismo sul rapporto autorità-libertà. Tuttavia, in questo Capitolo si è pensato di "selezionare" le situazioni giuridiche soggettive che vengono incise dalle esigenze della sicurezza. Ci si focalizza su quei diritti che hanno un legame maggiormente evidente con la tecnologia, dedicando una prima Sezione del Capitolo alla *privacy* e alla protezione dei dati personali (*data protection*) e una seconda Sezione alla libertà di espressione. La scelta dipende da due principali fattori. In prima battuta, guardare alle limitazioni dei diritti correlati all'utilizzo della tecnologia permette di osservare la situazione da uno scenario "privilegiato", in quanto sottoposto a divenire continuo, in ragione dell'inarrestabile progresso tecnologico. In seconda battuta – e trattasi di punto di assoluto rilievo nell'ambito del presente studio – tale *focus* sottolinea che l'elemento tecnologico si sta insinuando nel già complesso rapporto sicurezza-diritti, quasi come fosse un "terzo termine" della detta relazione.

Seguono alcune osservazioni conclusive, volte a riflettere sull'*output* della ricerca svolta nei precedenti Capitoli e a tentare di dare delle risposte, *rectius* delle possibili chiavi di lettura, in riferimento alla iniziale domanda di ricerca.

Un'ulteriore notazione è opportuna con riguardo al metodo di indagine utilizzato. Presentandosi questo lavoro come studio di respiro comparatistico, si è posta, nelle

fasi iniziali della ricerca, l'ovvia quanto imprescindibile necessità di selezionare taluni ordinamenti di riferimento, che potessero formare oggetto di analisi. A tal proposito, tutte le democrazie mature hanno reagito, con strumenti più o meno comparabili, al pericolo causato dal terrorismo internazionale. Non essendo possibile considerare questi Paesi nella loro totalità, ma potendosi rilevare alcuni tratti comuni identificativi di taluni *trend*, si è scelto, per ciascuno di questi "andamenti osservati", un caso che possa essere considerato "paradigmatico" per delinearne i caratteri principali. Trattasi della c.d. *protoypical cases logic*, che Ran Hirschl descriveva nell'articolo "The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law", apparso sull'*American Journal of Comparative Law* nel 2005. Questa tecnica permette l'esame di *case-studies* di rilievo, grazie ai quali risulti possibile enucleare degli orientamenti di massima nell'ambito di una certa tematica. In questo lavoro, i *case-studies* vengono presentati singolarmente – grazie a paragrafi "monotematici" su un singolo ordinamento, poi riportato a sistema in comparazione con altri – oppure "a coppie". In quest'ultimo caso, si cerca di giustapporre, laddove fattibile, un ordinamento di *civil law* e uno di *common law*, con lo scopo di discutere se sia possibile individuare delle convergenze che abbiano l'effetto di stemperare le differenze di famiglia giuridica.

Un ultimo, importante tema da richiamare in queste brevi note introduttive riguarda l'importanza del livello sovranazionale nella presente ricerca. È innegabile l'intersecarsi, nelle dinamiche politiche e giuridiche contemporanee, di differenti livelli istituzionali. Si pensi al piano nazionale e a quello dell'Unione europea, ma anche alle interrelazioni degli ordinamenti domestici con gli organi del Consiglio d'Europa, o ancora al ruolo delle Nazioni Unite, soprattutto nella lotta ad un nemico "globale" come il terrorismo internazionale. Di conseguenza, pur non essendo questa una trattazione di diritto internazionale o di diritto dell'Unione europea, ampi spazi vengono riservati alle posizioni degli attori sovra-statali, sia per quanto riguarda gli aspetti normativi sia con riferimento alle decisioni di Corti come quelle di Lussemburgo e di Strasburgo. In effetti, dal punto di vista del dato normativo positivo, il livello nazionale è sovente influenzato da quello sovranazionale, vuoi perché trattasi di atti giuridicamente vincolanti da implementare o, comunque, da applicare, vuoi per un effetto di c.d. *moral suasion*. Nell'orizzonte giurisprudenziale, invece, il c.d. dialogo tra corti sta assumendo un ruolo sempre più di primo piano; perciò, non contemplare la giurisprudenza della Corte di giustizia o quella della Corte europea dei diritti dell'uomo significherebbe non avere un quadro completo degli elementi alla base di talune scelte legislative o decisioni dei giudici interni.

CAPITOLO I

SICUREZZA, TERRORISMO E DIRITTI: UNA RELAZIONE COMPLESSA

SOMMARIO: 1. Il concetto di “sicurezza”: un necessario punto di partenza. – 1.1. Storia e sviluppo della nozione filosofico-politologica di “sicurezza”: dalle origini all’età moderna. – 1.2. Il concetto di sicurezza nel dato normativo: dalle dichiarazioni americane alle carte di diritti contemporanee. – 1.3. Il terrorismo internazionale e la nozione di sicurezza: un cambiamento epocale? – 1.4. Gli interrogativi circa una “nuova” idea di sicurezza. – 2. Sicurezza vs. diritti: linee di tendenza in ottica comparata dopo l’11 settembre 2001 e possibili classificazioni. – 2.1. *War on terror* vs. *criminal law approach*. – 2.2. Emergenza vs. “normalità”. – 3. La separazione dei poteri “rivisitata” alla luce dell’evoluzione delle *counter-terrorism measures*.

1. Il concetto di “sicurezza”: un necessario punto di partenza

L’analisi prospettata in *Introduzione* necessita di partire dal concetto “tradizionale” di sicurezza. La sicurezza costituisce, anche a livello prettamente intuitivo, quel “bene” – lo si definisce qui in tal modo, prima di passare a connotazioni più specifiche – principalmente messo in pericolo dalla minaccia terroristica¹.

La sicurezza si pone, da un lato, come interesse primario dello Stato, che è tenuto a garantirla per assicurare la sopravvivenza delle proprie istituzioni. Dall’altro lato,

¹ Cfr. sul punto le osservazioni, anche ricognitive di precedenti studi dello stesso A., di G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e dell’emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 4/2019. Ma v. anche ID., *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza*, Relazione al convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2003. Sul punto, anche A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant’anni dopo*, in *Diritto e società*, 2/2013, 177 ss. Cfr. anche, sul rapporto fra libertà e sicurezza, R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006. Sottolinea, poi, l’impatto sulla sicurezza con particolare riferimento agli aspetti “digitali”, negli ultimi anni, M. RUBECHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *Federalismi.it*, 23/2016. Sempre con precipuo riferimento a come la sicurezza (nazionale) viene in rapporto con la tecnologia e con le limitazioni della libertà, ma da una prospettiva prettamente pratica, A. PANSA, *La sicurezza nazionale. Innovazioni e nuovi limiti*, in *Gnosis*, 1/2019.

però, essa può essere letta anche come una situazione – diritto personale? Interesse collettivo? – riconducibile in capo ai singoli individui. È tra queste due dimensioni, infatti, che la sicurezza si è mossa, in maniera non di rado enigmatica e spesso problematica, nel corso dei secoli.

Certamente, il terrorismo internazionale non è l'unica minaccia a mettere in pericolo la sicurezza. Anzi, l'idea di "attentato" alla sicurezza e alla sopravvivenza delle istituzioni dello Stato è connaturata, primo fra tutti, al concetto di guerra². Il terrorismo internazionale, tuttavia, non può essere rapportato al *bellum* in senso tradizionale per ragioni oltremodo evidenti, tra le quali rientrano: l'impossibilità di qualificare il terrorismo come un attore statale che prende parte alle ostilità; l'inesistenza di una vera e propria dichiarazione di guerra; l'incapacità di applicare tutte quelle garanzie scaturenti dal c.d. diritto internazionale umanitario, che dipende, in primo luogo, dalla "non-statalità" degli attori coinvolti³.

In aggiunta a queste differenze, facilmente identificabili con un'analisi giuridica, se ne profila un'altra, di carattere marcatamente sociologico ma non scevra di implicazioni, anche importanti, sulle questioni di tipo giuridico. Trattasi della peculiarità, propria del *modus operandi* dei terroristi, che consiste nell'obiettivo di creare, nell'ambito della società civile, una forte percezione di *insicurezza*. Questo sentimento di insicurezza dipende, in primo luogo, dal fatto che, mentre una guerra tradizionale si svolge solitamente secondo tempistiche e in luoghi ben delimitati, non vi è alcun tipo di certezza circa il quando, il dove e il come di un attentato⁴. Di conseguenza, le risposte di legislatori e *policy-makers* sono volte maggiormente a "rassicurare" che a proteggere effettivamente i cittadini⁵.

Quindi, con l'incombere della minaccia terroristica *post-2001*, la connotazione della sicurezza si è ulteriormente complicata ed ha acquisito elementi di incertezza. La sicurezza è un valore prettamente riferibile allo Stato, diverso e complementare

² A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007.

³ Sui rapporti fra minaccia bellica e terrorismo, si veda A. VEDASCHI, *op. cit.*; T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide della democrazia*, Bologna, il Mulino, 2004; L. BONANATE, *Guernica. 11 settembre (di un qualsiasi anno)*, in A. D'ORSI, (a cura di), *Guerre globali. Capire i conflitti del XXI secolo*, Roma, Carocci, 2003, 19 ss.

⁴ Ciò trasforma la società odierna in una "società vulnerabile". V., in questo senso, P. CERI, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Bari, Laterza, 2003. V. anche C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione* (2005), trad. it. a cura di U. Izzo, Laterza, Roma-Bari, 2008.

⁵ A. VEDASCHI, *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2017, 1913 ss.

rispetto ai diritti degli individui e che necessita bilanciamento con essi? Oppure, diversamente, incarna essa stessa un diritto del singolo, da riconoscere e garantire al pari di altre situazioni giuridiche soggettive? Quali sono i rapporti fra la sicurezza effettiva che lo Stato può garantire ai propri cittadini e la percezione di insicurezza, che spesso crea un timore superiore al danno reale, che le stesse istituzioni devono preoccuparsi di lenire? In ultima analisi, come può incidere un'eventuale riconfigurazione del concetto di sicurezza sulle categorie classiche proprie del diritto costituzionale?

Al fine di discutere queste questioni aperte, è opportuno partire da uno studio diacronico relativo a come, nel tempo, l'idea di sicurezza si è plasmata e come si è rapportata con i diritti.

1.1. Storia e sviluppo della nozione filosofico-politologica di “sicurezza”: dalle origini all'età moderna

La parola sicurezza deriva dal latino *securitas*, che letteralmente significa “senza timore” (da *sine cura*) e si può identificare, rimanendo su un livello di lettura generale, come una situazione in cui si riscontra l'assenza di rischi o pericoli. Tuttavia, il concetto di sicurezza è stato da sempre oggetto di riflessioni filosofiche, giuridiche e politologiche, soprattutto in relazione con il concetto di libertà. Tali elaborazioni hanno fatto sì che l'idea di sicurezza assumesse dimensioni e gradi di complessità diversi. Da queste considerazioni si sono ricavate interpretazioni spesso discrepanti tra loro e, almeno in via di regola, curvate sul momento storico e sugli accadimenti contingenti che hanno, in un certo senso, plasmato l'essenza della sicurezza. Il presente paragrafo si propone di ricostruire queste ultime da un punto di vista diacronico, partendo dall'epoca moderna.

Il concetto di sicurezza è considerato, infatti, un ideale proprio dei tempi moderni⁶. Invero, tale affermazione non è completamente esatta se considerata di per sé, ma va contestualizzata. Per maggiore precisione, si potrebbe dire che la modernità – e gli studiosi che si sono occupati del tema in tale periodo – abbia avuto il ruolo di fondare la concezione *attuale*⁷ di sicurezza, ossia quella che è stata poi distorta dalle

⁶ M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, Il Mulino, 2016, 11. V. bibliografia ivi citata, spec. alla nota 1. Sulle diverse declinazioni del concetto, v. T. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Bonomo, 2008, che distingue tra sicurezza soggettiva e oggettiva; interna ed esterna; materiale e ideale.

⁷ Non si può dire che, prima dell'età moderna, l'idea di sicurezza non esistesse. Anzi, fin da tempi molto antichi – il riferimento è al mondo greco e latino – la nozione di sicurezza va

politiche c.d. securitarie, le quali la hanno esasperata fino a farla diventare *conditio sine qua non* per il godimento di qualsiasi libertà e diritto.

I primi autori moderni che si confrontano con il concetto di sicurezza sono Machiavelli e Hobbes⁸. Entrambi teorizzano la *securitas* come opposta alla nozione di *libertas*, ma allo stesso tempo risolvono i rapporti fra le due secondo uno schema che vede la subordinazione della seconda alla prima⁹. Anzi, in Hobbes i due concetti appaiono così vicini che sembrano fondersi: il rapporto di subordinazione sembra essere tanto stretto che libertà e sicurezza vengono concepite come la stessa nozione a livello sostanziale. Tuttavia, non si deve essere portati a ritenere che Hobbes assimili il concetto di libertà con quello di sicurezza che l'uomo del XXI secolo è portato intuitivamente a fare proprio. Questa versione "inglese" della *securitas* consiste, in sintesi, nella certezza di poter godere dei propri diritti¹⁰, più che nella salvaguardia della propria persona dalle minacce.

vista in maniera fortemente correlata con l'idea di guerra. Si consideri che nel mondo greco e in quello latino la guerra era una condizione di normalità. La *securitas* del mondo latino si componeva di *pax* e di *libertas*, come evidente nelle riflessioni ciceroniane, che sempre legano questi tre concetti. Si veda sul tema I. LANA, *La concezione ciceroniana della pace*, in *Ciceroniana. Rivista di studi ciceroniani*, 1990, 45 ss. Tuttavia, gli sviluppi storici mostrarono l'impossibilità di "tenere insieme" tutti e tre questi concetti e ciò che ne emerge è la necessità di scegliere se accostare il concetto di *securitas* a quello di *libertas*. La concezione che ne derivò consiste nel ritenere la *securitas* vicina alla *pax* e non alla *libertas*. Ebbe origine, pertanto, l'idea secondo cui *libertas* e *securitas* sono due concetti contrapposti e, oltretutto, *libertas* non è accostabile neanche alla nozione di *pax*.

⁸ Il primo fautore di un progetto politico repubblicano o democratico, il secondo, invece, di una linea programmatica di carattere autocratico.

⁹ Occorre sottolineare che, nella costruzione machiavelliana, affermare la contrapposizione fra due concetti e, allo stesso tempo, la dipendenza dell'uno dall'altro non costituisce una contraddizione. Machiavelli ritiene che dall'opposizione possano scaturire effetti produttivi e che l'incremento della sicurezza non possa che originare un incremento del suo opposto, la *libertas*. V. N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1531), Milano, Rizzoli, 1984, 105. Hobbes, poi, considera che la *securitas* rientri fra gli obiettivi dei governanti, i quali devono assicurarla ai sudditi che, grazie ad essa, potranno godere dei frutti del proprio lavoro e non dover temere guerre e lotte civili. Ciò è funzionale al mantenimento della pace sociale. V. T. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino* (1642), trad. it., Milano, Tea, 1994, 250.

¹⁰ C.d. *certainty*. Essa si risolve nella certezza di poter godere della *safety*, ossia la propria oggettiva incolumità. Il concetto più ampio di *security*, poi, sta ad indicare la situazione di colui che può liberamente decidere la propria vita, trovandosi in una condizione di certezza circa la propria sicurezza nei sensi prima delineati. Si veda M. BARBERIS, *op. cit.*, 15. Per una riflessione sulle tre articolazioni del concetto di sicurezza proprie della lingua inglese, v. anche Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale* (1999), trad. it., Milano, Feltrinelli, 2000, 25-26. Secondo questa tripartizione del concetto di sicurezza, la *security* potrebbe dirsi rappresentare l'accezione più "avanzata": si può affermare che essa consiste di *certainty* e

Tale concezione viene poi ripresa da Locke, il quale pone le basi per il passaggio dall'idea di sicurezza come bene individuale a quella di sicurezza come bene collettivo¹¹. La sicurezza rappresenta la finalità ultima della scelta del singolo di inserirsi nel contesto sociale¹².

Le tesi di Locke vengono sviluppate in età liberale classica, nel pensiero di Montesquieu, Smith e Bentham. I primi due possono dirsi aderire alla concezione di sicurezza come incolumità oggettiva – *safety* – ma anche come *certainity* – ossia come sicurezza oggettiva di poter godere dei propri diritti¹³. Diversamente, la novità di Bentham consiste nell'insinuare l'idea che la libertà possa essere subordinata alla sicurezza da un punto di vista strettamente *politico*. In termini più chiari, nel pensiero di Bentham, la libertà politica coincide non con la convinzione della propria sicurezza¹⁴, bensì con la partecipazione al governo e con la non-soggezione all'autorità¹⁵; è quest'ultimo, e non il primo, il concetto che si deve ritenere subordinato alla sicurezza¹⁶.

safety. Cfr. anche S. ZWEIG, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo* (1942), trad. it. a cura di L. Mazzucchetti, Milano, Mondadori, 1994, 25 ss.

¹¹ Si utilizza, in questa fase del presente lavoro, la caratterizzazione di sicurezza come “bene” in senso generico, in quanto si discuterà più avanti della possibilità di qualificarla come diritto, interesse, o altre categorie giuridicamente definite.

¹² J. LOCKE, *Two Treaties of Government* (1690), London, Dent, 1924, par. 222.

¹³ Si vedano, rispettivamente: MONTESQUIEU, *L'esprit des lois* (1748), trad. it. Torino, Utet, 1952, vol. I, 276 e A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence* (1762-1763), Indianapolis, Liberty Fund, 1982, 405 ss.

¹⁴ Come era per Montesquieu: v. *supra* e cfr. nota 13.

¹⁵ Come ricostruito in M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, Il Mulino, 1999, 30, questo è il concetto che gli ideali “antichi” – intendendosi per tali quelli della Roma repubblicana – facevano rientrare il quello di “libertà positiva”. A tal proposito, è opportuno anche sottolineare che una svolta rilevante si ha nel momento in cui vi è la transizione al principato e, poi, all'impero: in questi momenti storici, si afferma, come ampiamente noto, il concetto di *pax Augusti*, la quale, seppure ad un livello embrionale, tende a premettere la sicurezza alla libertà, ossia a considerare la prima il presupposto imprescindibile della seconda.

¹⁶ J. BENTHAM, *Principles of the Civil Code*, in ID., *Works*, Edimburgo, William Tait, 1843, vol. I, 302-307. V. sebbene apparentemente *contra*, ma nel senso di auspicare ad un'analisi più dettagliata, B. CONSTANT, *La liberté des anciennes comparée à celle des modernes* (1819), in *Course de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin, 1872, 548. Questo A. afferma che viene impropriamente chiamata “libertà” quella congerie di meccanismi che servono a garantire che i privati godano delle proprie posizioni soggettive. Pertanto, egli argomenta che, da un lato, la libertà sembrerebbe presupposto della sicurezza; dall'altro, tuttavia, è la sicurezza ad essere impropriamente “scambiata” per libertà, sostanzandosi nel reale presupposto del binomio.

1.2. Il concetto di sicurezza nel dato normativo: dalle dichiarazioni dei diritti americane alla Carta di Nizza

Il dibattito ora sinteticamente richiamato si trova nel suo pieno svolgimento nel momento in cui la “sicurezza” inizia ad essere contemplata in testi aventi carattere normativo, come le dichiarazioni dei diritti.

È proprio da queste ultime che è necessario partire, se si intende ripercorrere un *excursus* dei più rilevanti documenti normativi che menzionano la sicurezza. Finalità del presente paragrafo è, oltre che l'appena enunciato intento ricognitivo, quella di confrontare ciascun documento con le nozioni di sicurezza prima delineate, allo scopo di porre in essere un raffronto fra teoria e pratica nei periodi oggetto di esame.

I primi testi cui fare riferimento sono senza dubbio le dichiarazioni costituzionali nordamericane, a partire da quella della Virginia del 1776, a cui tutte le altre si ispireranno¹⁷. La sez. I di tale dichiarazione, nello specifico, afferma che: «all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights [...]; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety»¹⁸. A seguire, altre dichiarazioni dei diritti delle colonie resesi indipendenti si attestano sulla stessa linea¹⁹. L'accezione di sicurezza, qui, parrebbe essere quella di *safety* nel senso di sicurezza dei propri diritti.

A poca distanza temporale, ma volgendo lo sguardo al panorama europeo e in particolare alla Francia, si ha la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. L'art. 2 afferma che «[l]e but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression»²⁰. L'interpretazione di questo articolo deve essere guidata dal richiamo alle teorie montesquieuiane²¹, le quali postulano un concetto di sicurezza come incolumità personale. Più nello

¹⁷ Sul punto, A. PACE, *Libertà e sicurezza*, cit., spec. n. 19.

¹⁸ Il testo è consultabile in <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Sui rapporti fra questo documento e la *Declaration of Independence*, W.F. DANA, *The Declaration of Independence*, in 13 *Harvard Law Review*, 1900, 319.

¹⁹ Ad esempio: la dichiarazione dei diritti della Pennsylvania (1776) («...all men are born equally free and independent, and have certain natural, inherent and inalienable rights, amongst which [...] pursuing and obtaining happiness and safety»); la dichiarazione dei diritti del Vermont (1777), praticamente negli stessi termini; la dichiarazione dei diritti del Massachusetts, che accosta il concetto di *safety* non solo a quello di *happiness*, ma anche a quello di *prosperity* e di «tranquillity in enjoying their natural rights».

²⁰ La dichiarazione è consultabile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

²¹ V. *supra*, § 1.1.

specifico, Montesquieu sostiene che la sicurezza²² dipende dalla «bontà delle leggi penali»²³, le quali devono permettere che i cittadini non siano ingiustamente incriminati, e, quindi, sottoposti a pene (anzitutto sotto il profilo della privazione della propria libertà personale)²⁴. Questa nozione di sicurezza tende a coincidere con quella di certezza della propria incolumità e libertà personale²⁵.

Non pare discostarsi molto, rispetto al quest'ultima concezione, quanto stabilito dal *Bill of Rights* statunitense (1791): il IV emendamento alla Costituzione del 1787 stabilisce che «[t]he right of the people to be *secure* in their persons, houses, paper, and effects, against unreasonable searches and seizure, shall not be violated»²⁶ (corsivo aggiunto).

Da fine '700 e per tutto l'800, la sicurezza si conquista un posto nelle carte costituzionali sotto una dimensione diversa, quella collettiva, che sembra slegarla dalla nozione di diritto individuale: si parla di «*sûreté publique*» nella Costituzione

²² Si noti che la lingua francese possiede due diverse parole per fare riferimento al concetto di sicurezza, inserendosi tra quegli idiomi la cui sfumatura semantica del concetto è aiutata dalla differenziazione a livello terminologico. Nell'opera montesquieiana, si fa riferimento alla *sûreté*, ma "sicurezza" può essere tradotto in francese anche con *sécurité*. Si ritiene che il primo termine indichi la protezione degli individui *contro* lo Stato, mentre il secondo stia a significare tale protezione *da parte* dello Stato. Si veda, in questi termini, È. BALIBAR, *Le droit de cité*, Paris, Puf, 2002. Questa visione coincide anche con quanto affermato da Montesquieu: se lo Stato produce un "cattivo" diritto penale, viene meno al compito di protezione che esso ha nei confronti dell'individuo. Perciò, si potrebbe dire che la *sûreté* è un concetto più ampio di *sécurité*, inglobandosi il secondo nel primo. Diversamente M. BARBERIS, *op. ult. cit.*, spec. 88 ss., che costruisce un concetto tripartito di sicurezza: quella individuale (diritto garantito dalle costituzioni, v. *infra*), quella sociale (bene collettivo, in grado di giustificare provvedimenti di emergenza) e quella pubblicanazionale (necessità di difendersi da aggressioni belliche o terroristiche interne o esterne allo Stato).

²³ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, cit.,

²⁴ Nota A. PACE, *op. ult. cit.*, 183, che la formulazione della Dichiarazione francese del 1789 ha ispirato altre dichiarazioni di fine '700: la Costituzione di Bologna (1796), la Costituzione cisalpina (1797), la Costituzione della Repubblica Romana (1798). F. BATTAGLIA, *Le Carte dei diritti*, Sansoni, Firenze, 1934.

²⁵ Non si può, tuttavia, non dare conto dell'emergere, sempre in Francia e pochi anni dopo la Dichiarazione del 1789, di accezioni parzialmente diverse del concetto di *sûreté*: la Costituzione giacobina del 1793 la definisce (art. 8) come «la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés», mentre quella del 1795 (c.d. Costituzione termidoriana) la costruisce come il risultato «du concours de tous pour assurer les droits de chacun».

²⁶ Il testo della Costituzione degli Stati Uniti è consultabile all'indirizzo <http://constitutionus.com/>.

francese del 1799, ponendola, da un lato, come obiettivo del governo²⁷ e, dall'altro, come interesse la cui minaccia legittima situazioni di eccezionalità²⁸. La Costituzione francese del 1848 afferma lo stesso concetto con il termine «sécurité publique», sottolineando, pertanto, che sicurezza necessita una protezione *da parte* dello Stato²⁹, ma anche *per* lo Stato.

Meno attenzione alla tematica viene data dal coevo Statuto albertino, il quale parla di sicurezza solo in relazione a crimini di «attentato alla sicurezza dello Stato»³⁰ e con riguardo all'«interesse e sicurezza dello Stato» come finalità in capo all'azione regia³¹.

Nel secolo successivo, la sicurezza torna ad essere definita come un vero e proprio diritto, da parte di alcune costituzioni, ma anche nell'ambito di strumenti giuridici di portata sovranazionale. Uno dei primi esempi è rappresentato dalla Costituzione portoghese del 1911, la quale, all'art. 3, afferma che «A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade...»³². Similmente, l'attuale Costituzione portoghese, in vigore dal 1976, stabilisce, all'art. 27, che

²⁷ Art. 47: «Le gouvernement pourvoit à la sûreté intérieure et à la défense extérieure de l'Etat; il distribue les forces de terre et de mer, et en règle la direction». Si noti la differenziazione, per la prima volta, fra sicurezza interna e sicurezza esterna.

²⁸ Art. 92: «Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. - Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté». Cfr. la definizione di «sicurezza sociale» in Barberis, *supra*, alla nota 22.

²⁹ Cfr. *supra*, nota 22. Con riguardo alla Costituzione francese del 1848, si noti la critica in K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (1852), trad. it. in L. PERINI (a cura di), *Rivoluzione e reazione in Francia*, Torino, Einaudi, 1976, 189-190, che la ritiene una formula vuota, portato di un tentativo – fallito – di contemperare le esigenze delle libertà con quelle della sicurezza.

³⁰ Art. 36, che disciplina il ruolo del Senato come Alta Corte, che ha l'incarico di giudicare i Ministri.

³¹ Art. 5. F. BATTAGLIA, *Le Carte dei diritti*, cit.

³² Si noti che il termine portoghese *segurança* (cfr. il testo originale al seguente indirizzo: <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>) viene tradotto in francese con *sûreté*. La traduzione in francese è disponibile in http://www.dircost.unito.it/cs/docs/PORTOGALLO_1911.htm. Si veda, in effetti, A. PACE, *op. ult. cit.*, 180, che afferma come il detto articolo della Costituzione lusitana del 1911 riproduca, testualmente ma anche a livello esegetico, il citato art. 2 della Dichiarazione francese del 1789.

«Todos têm direito à liberdade e à segurança»³³. In maniera alquanto affine, la Costituzione spagnola del 1978, attualmente in vigore, all'art. 17 prevede che «[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad»³⁴. Anche in questo caso, tuttavia, si tende a ritenere che l'idea di *seguridad* sia rapportabile a quella di *sûreté* della Francia del 1789, che consiste nella protezione contro la privazione arbitraria della propria libertà personale, nella garanzia della certezza del diritto e dell'*enforcement* dello stesso³⁵. Un diritto alla sicurezza – spesso associato, come nelle Carte di Portogallo e Spagna, con la libertà, come se si trattasse di un *unicum* che va a costituire un diritto di natura “complessa” alla libertà-sicurezza – può essere rinvenuto anche nel *drafting* delle Costituzioni di Cipro³⁶, Estonia³⁷, Finlandia³⁸, Lettonia³⁹, Polonia⁴⁰, Romania⁴¹, Ungheria⁴². Nella Costituzione belga, invece, si trova un diritto alla sicurezza «sociale»⁴³, in analogia con le Costituzioni di

³³ Il testo originale in portoghese è reperibile in <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. La traduzione in francese è disponibile in <http://www.fr.parlamento.pt/Legislation/CRP.pdf>. Si noti che, in tale caso, viene tradotto con *sécurité* il termine portoghese *segurança*, lo stesso impiegato nel testo del 1911.

³⁴ Il testo ufficiale in lingua originale della Costituzione spagnola è https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229.

³⁵ Come notato da A. PACE, *op. ult. cit.*, 183.

³⁶ Art. 11, co. 1. Testo in inglese reperibile in <https://wipo.int/en/text/189903>.

³⁷ Art. 20. Si veda la traduzione del testo in inglese in <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013003/consolide>.

³⁸ Art. 7. Testo in inglese reperibile in <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>.

³⁹ Art. 94. Testo in inglese reperibile in <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv021en.pdf>.

⁴⁰ Art. 41. Il testo in inglese può essere consultato in <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

⁴¹ Art. 23. Il testo in inglese è reperibile all'indirizzo <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ro/ro021en.pdf>.

⁴² Art. 4. Si veda il testo in inglese in http://www.kormany.hu/download/f/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary_20180629_FIN.pdf.

⁴³ Art. 23, co. 2, Cost. belga. Il testo ufficiale in lingua francese è reperibile in http://www.senate.be/doc/const_fr.html.

Bulgaria⁴⁴, Cipro⁴⁵, Croazia⁴⁶, Francia⁴⁷, Lussemburgo⁴⁸, Slovenia⁴⁹. Per contenere l'analisi nell'ambito dei Paesi dell'Unione europea, non si rinviene menzione alcuna della sicurezza (neanche come limite a diritti) nei testi costituzionali di Danimarca⁵⁰, Malta⁵¹, Repubblica Ceca⁵². Sembra collocarsi "a metà" fra la *sureté* e la sicurezza sociale, poi, l'art. 39 della Costituzione della Slovacchia, che parla di «sicurezza materiale»⁵³.

Una formulazione praticamente identica a quella della Costituzione portoghese e della Costituzione spagnola si riscontra, spostandosi sul livello sovranazionale, all'art. 5 CEDU (1950) e all'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000)⁵⁴. In termini molto simili si pone, sul piano internazionale, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)⁵⁵. Sebbene queste fonti

⁴⁴ Art. 51, co. 1 Cost. bulgara. Il testo in lingua inglese è reperibile in <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/bg/bg033en.pdf>.

⁴⁵ Nella quale il diritto alla sicurezza sociale, rinvenibile all'art. 9, si affianca a quello alla sicurezza della persona, enunciato, come si è già detto (v. *supra*, nota 36), all'art. 11. Accade lo stesso nella Costituzione finlandese (oltre al diritto alla sicurezza personale dell'art. 7, troviamo, all'art. 19, il diritto alla sicurezza sociale).

⁴⁶ Art. 56. Il testo ufficiale in inglese può essere consultato in <https://www.constitution.org/cons/croatia.htm>.

⁴⁷ Art. 34, rispetto al quale si pone una riserva di legge. Il testo ufficiale (in lingua originale) della Costituzione francese si può consultare all'indirizzo <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>. V., sulla sicurezza sociale in Francia, M. BARBERIS, *op. ult. cit.*, 91.

⁴⁸ Art. 10. Il testo in francese è consultabile in <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-recueil-constitution-20161020-fr-pdf.pdf>. Analogamente al caso francese, nella Costituzione di Lussemburgo, la sicurezza sociale costituisce oggetto di riserva di legge.

⁴⁹ Art. 50. V. il testo in inglese, reperibile in <https://www.us-rs.si/media/constitution.pdf>.

⁵⁰ Se si esclude un riferimento alla sicurezza del *Folketing* (art. 34). Si veda il testo tradotto in inglese all'indirizzo https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf?lang=en.

⁵¹ Consultabile in <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8566&l=1>.

⁵² Si veda la traduzione ufficiale in inglese all'indirizzo <http://www.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>.

⁵³ Il testo in inglese della Costituzione slovena è rinvenibile in <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>.

⁵⁴ Entrambi si esprimono nei seguenti termini: «everyone has the right to liberty and security of person». Sull'art. 5 CEDU, si veda D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 288. Sull'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si rinvia a S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 123 ss.

⁵⁵ «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona».

appaiano esplicitamente fondare l'esistenza di un diritto positivizzato alla sicurezza, l'effettiva connotazione di esso come situazione giuridica a sé stante non è scontata e ha formato oggetto di dibattito prima e dopo l'11 settembre 2001.

1.3. Il terrorismo internazionale e la nozione di sicurezza: un cambiamento epocale?

Dopo aver dato conto di come la nozione di sicurezza venga accolta e interpretata nell'ambito di alcuni dati di diritto positivo, si deve approfondire il discorso relativo all'approccio dottrinale al concetto dopo l'avvento della minaccia terroristica internazionale, a far data dall'11 settembre 2001, con l'attentato alle Twin Towers e al World Trade Center. Necessario punto di partenza è la dottrina italiana, al fine di verificare se, secondo le posizioni rinvenibili nei lavori di coloro che si sono occupati del tema, il concetto di sicurezza abbia o meno assunto connotati nuovi, a causa degli avvenimenti dell'11 settembre 2001, ma anche di quelli successivi, che evidenziano come il pericolo terroristico di matrice jihadista non sia affatto cosa appartenente al passato.

In primo luogo, e soffermandosi sul contesto italiano, occorre concentrarsi sull'idea di sicurezza nell'interpretazione dottrinale precedente all'11 settembre 2001, quando il terrorismo internazionale non rappresentava ancora una minaccia concreta per le istituzioni democratiche occidentali. Il concetto di sicurezza era legato all'idea di ordine pubblico, in base a quelle teorie costituzionalistiche ed amministrativistiche la cui diffusione si riscontrava a partire dall'entrata in vigore della Costituzione⁵⁶. Quest'ultimo rappresentava, secondo tali ricostruzioni, un limite eccezionale all'esercizio dei diritti, configurabile alla stregua di un interesse diffuso, dovendosi in tal modo intendere un interesse che sia, ad un tempo, comune a più soggetti e tutelato da parte di una pubblica autorità⁵⁷. In Italia, questo limite veniva perlopiù inteso come di carattere materiale ed esteriore⁵⁸. Tale caratterizzazione dell'ordine pubblico si contrappone a quella che lo considera limite ideale. Concepire l'ordine pubblico come limite materiale significa valutarlo alla stregua di un'espressione di pace sociale esteriore, mentre ritenerlo limite ideale

⁵⁶ V. *amplius* A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, vol. CLXV, 1963, 111 ss. L'A. sottolinea anche che la nozione di ordine pubblico *ex se* differisce da quella di "ordine pubblico costituzionale". Con quest'ultima si fa riferimento al complesso dei principi desumibili dalla Costituzione. L'A. definisce, inoltre, l'ordine pubblico di cui si va ad occupare come "ordine pubblico del diritto di polizia".

⁵⁷ V. R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. Pubbl.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1993, 482 ss.

⁵⁸ A. PACE, *op. ult. cit.*, 118.

porta a ricondurlo al rispetto di determinati principi politici ritenuti essenziali per la sopravvivenza dell'ordinamento democratico⁵⁹.

Dal punto di vista normativo, la Costituzione italiana menziona esplicitamente la sicurezza agli artt. 17, 41, 117 comma 2 lett. d) e h), 120 e 126. Inoltre, anche i limiti alle libertà garantite dagli artt. 13, 14 e 18 Cost. convergono verso l'idea di garantire sicurezza, sebbene non vi facciano espresso riferimento⁶⁰. La Costituzione repubblicana, dunque, non pone l'esistenza di un vero e proprio diritto alla sicurezza – a differenza di quanto si è osservato per alcuni testi costituzionali stranieri –, ma lo configura sempre e comunque come limite – materiale o ideale a seconda della teoria che si ritenga di abbracciare, ma pur sempre limite e non diritto.

Nonostante ciò, a seguito degli eventi dell'11 settembre 2001 e al susseguirsi continuo di ulteriori attentati terroristici, seppure con mutate modalità e caratteristiche delle entità organizzative alle quali tali azioni sono state via via riconducibili⁶¹, si sono fatte strada teorie che postulano la configurabilità della

⁵⁹ Per tale distinzione, cfr., tra la dottrina francese, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Parigi, 1929, 62 ss. La nozione di ordine pubblico materiale viene spesso definita anche come “sociologica”, mentre quella di ordine pubblico ideale viene detta anche “giuridica”. La riconducibilità dell'idea di ordine pubblico a quella di limite solo materiale veniva considerata, da parte della dottrina dell'epoca, propria di tutte le democrazie liberali. V., in questo senso, A. PACE, *op. ult. cit.*, 118, ma *contra* M. MORETTI, *La nuova legge di pubblica sicurezza*, Napoli, Jovene, 1962, 63.

⁶⁰ V. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, 351. A proposito della nozione di sicurezza propria della Costituzione italiana – si noti bene che, prima del 2001, questa non faceva mai riferimento all'ordine pubblico, tuttavia veniva pacificamente affermata la sovrapponibilità dei due concetti – la Corte costituzionale ha teso ad un'interpretazione della stessa (*rectius* dell'ordine pubblico) come limite talvolta materiale ai diritti, anche se non si può dire che manchino eccezioni. V. Corte cost., sent. 23 giugno 1956, n. 2, in cui si afferma che «Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'“ordinato vivere civile”, che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico». V. anche, sulla stessa linea della sent. ult. cit., Corte cost., sent. 16 marzo 1962, n. 19. La sent. 2/1956, tuttavia, si pone già come ambigua in quanto la Corte costituzionale dichiara anche che l'ordine pubblico è un limite «insito nel concetto di diritto», avvicinandosi per certi aspetti, alla concezione di limite ideale. In altre sentenze (ad esempio, Corte cost., 29 maggio 1995, n. 210) è più chiara la configurazione dell'ordine pubblico come limite materiale.

⁶¹ Per un'approfondita analisi delle metamorfosi della minaccia terroristica, in particolare sotto il profilo della riferibilità all'IS, ultima manifestazione di essa, delle caratteristiche proprie di uno Stato, si rinvia ad A. VEDASCHI, *Da Al-Qā'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 1, 2016, 41 ss. Lo studio giunge a dimostrare l'esistenza, seppure *in nuce*, dei caratteri della statualità in capo al sedicente Stato Islamico. Per i potenziali sviluppi di tale teoria alla luce delle mutate situazioni di fatto, v. Cap. III del presente lavoro.

sicurezza come vero e proprio *diritto*, ossia situazione giuridica soggettiva, passibile di bilanciamento con – dove non addirittura di vera e propria prevalenza su – altri diritti costituzionalmente garantiti⁶².

La dottrina costituzionalistica che ha adottato queste posizioni può essere suddivisa in diversi filoni. Una prima grande distinzione rileva tra coloro che lo ritengono un diritto sottoponibile a bilanciamento e altri che, al contrario, sostengono una posizione di primazia della sicurezza, che si presenterebbe non più solo come un diritto, ma come un valore che permea l'ordinamento e che costituisce il presupposto indefettibile per il godimento degli altri diritti⁶³.

La prima via che si potrebbe prospettare, nell'ordinamento italiano, per teorizzare l'esistenza di un "diritto alla sicurezza", potrebbe passare per l'art. 2 della Costituzione e per il carattere asseritamente "aperto" del catalogo di diritti inviolabili da esso posto⁶⁴. Questa strada è stata tentata, in primo luogo, in sede di questione di

⁶² Prima dell'11 settembre, una tale ricostruzione sarebbe stata ritenuta impensabile. Autorevole dottrina affermava come la configurazione di un diritto alla sicurezza non può che essere «il risultato di una costruzione costituzionale falsa o perversa». A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. PALMA, S. ANASTASIA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, Franco Angeli, 2001, 21.

⁶³ Cfr. la ricostruzione in termini di "trilemma della sicurezza" di M. BARBERIS, *op. cit.*, 88 ss. Secondo questo A., tre interpretazioni della nozione di sicurezza sono possibili. In primo luogo, essa potrebbe essere intesa come principio costituzionale suscettibile di bilanciamento con gli altri; in secondo luogo, si può pensare ad un'interpretazione sempre come principio costituzionale, ma sempre automaticamente prevalente sugli altri in sede di bilanciamento; da ultimo, esso è concepibile – secondo l'a., è questa l'accezione che ne accolgono le politiche antiterrorismo statunitensi – come valore di carattere politico-militare che, per tale motivo, non entra nemmeno nel bilanciamento con gli altri diritti, ponendosi su un piano extra-giuridico. V. anche A. LO GIUDICE, *Dallo Stato di diritto allo Stato di sicurezza? Tracce di una torsione istituzionale*, in *Federalismi.it*, 21/2017, secondo cui in tale contesto si opera una «sostanziale riconfigurazione dello Stato di diritto in nome della sicurezza nazionale» (p. 4). In termini simili, in relazione a quanto posto in essere dai Governi statunitensi a Guantánamo, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 12.

⁶⁴ Come noto, il carattere aperto dell'art. 2 Cost. non costituisce opinione condivisa da parte della scienza costituzionalistica. Si ritiene, in questa sede, di dover richiamare perlomeno le principali teorie sul tema. Una prima elaborazione, proposta da A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 1 ss. ritiene che l'art. 2 permetta di aprire a diritti "nuovi", qualora necessari per il recepimento di inedite istanze sociali. Cfr. anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1969, il quale sottolinea che, in ogni caso, non si può considerare l'art. 2 come un «diritto generale di libertà». Una seconda teoria (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984) vede l'art. 2 come fattispecie necessariamente "chiusa", portatrice di un catalogo tassativo di diritti fondamentali. Tale argomentazione parte dall'assunto che tutte le libertà che potrebbero essere definite

legittimità costituzionale degli artt. 280 e 391, comma 5 del Codice di procedura penale⁶⁵, ma la sua percorribilità è stata prontamente sbarrata dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che «tra i diritti inviolabili dell'uomo non rientra l'aspettativa dei consociati di vedere tutelata la propria sicurezza mediante una disciplina legislativa – quale quella auspicata dal rimettente – volta a generalizzare il ricorso alle misure cautelari limitative della libertà personale»⁶⁶.

Da una diversa prospettiva, è stato notato da autorevole dottrina⁶⁷ come l'affermazione di un diritto soggettivo alla sicurezza sarebbe logica e naturale conseguenza della normalizzazione della condizione emergenziale posta dalla minaccia terroristica, a causa del carattere imperituro e imprevedibile di quest'ultima⁶⁸. In questo modo, la sicurezza sarebbe un diritto fondamentale alla

“aggiuntive” già rientrano in quelle esplicitamente previste in Costituzione. Una terza tesi (F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995) afferma che l'art. 2 Cost. va interpretato in combinato disposto con altre disposizioni del testo costituzionale, al fine di riconoscere istanze prima mai emerse ma bisognose di tutela. Peraltro, anche coloro che aderiscono alla prospettazione della clausola chiusa, originariamente elaborata da Barile, sottolineano come, pur se inteso in questo senso, l'art. 2 non possa portare ad una «pietrificazione delle garanzie costituzionali», nella misura in cui è sempre necessario dare di tale disposizione un'interpretazione “aggiornata” che le consenta di adattarsi alle mutevoli circostanze del quadro politico e sociale. In questo senso, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003.

⁶⁵ Rispettivamente, condizioni di applicabilità delle misure coercitive e applicazione delle misure coercitive in sede di convalida dell'arresto.

⁶⁶ Corte cost., ord. dell'8 giugno 2001, n. 187. V. a commento A. PACE, *L'accesso alla categoria “aperta” dei diritti inviolabili incontra solo puntuali dinieghi o anche limiti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2001, 1434 ss., in cui l'A. ribadisce il carattere “ristretto” dell'elenco ex art. 2 Cost., poi successivamente discusso, pur senza specifici riferimenti alla sicurezza, in ID., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, 33 ss.

⁶⁷ G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in AIC, *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'Associazione, Bari, 17-18 ottobre 2003, Padova, 2007, 56 ss.; cfr. anche ID., *Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, in L. FORNI, T. VETTOR (a cura di), *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Torino, Giappichelli, 2017, 39 ss.

⁶⁸ Per un quadro generale sui regimi emergenziali, si rinvia ad A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, cit., 263 ss. In questa sede, l'A. propone una classificazione dei modelli emergenziali osservabili a livello comparato, rilevando due macro-modelli: il primo, costituito da tutti quei testi costituzionali che non contengono una disciplina positiva dello stato di eccezione (fra questi, quello italiano); il secondo, quello contenente regole espresse sull'emergenza. Il secondo modello può essere suddiviso in due ulteriori sub-categorie: le costituzioni che contengono una clausola ampia e generale relativa alla gestione delle situazioni emergenziali (es. art. 16 della Costituzione francese) e quelle in cui la disciplina è dettagliata (es. art. 116 della

stregua degli altri garantiti nell'ambito dell'ordinamento democratico⁶⁹.

Su una linea di pensiero simile si pongono altri studiosi⁷⁰ i quali sottolineano la funzionalizzazione di tutti gli altri diritti ad un superiore diritto alla sicurezza⁷¹.

Alcuni, addirittura, ritengono la soggettivizzazione della sicurezza – in altre parole, la necessità di far assurgere la stessa a diritto della persona – come imprescindibile per fare sì che quest'ultima entri nel bilanciamento con gli altri diritti⁷².

Altri autori estremizzano tale visione della sicurezza come diritto e giungono a ritenersela, addirittura, un valore di carattere «super-primario» e configurabile come «fonte del costituzionalismo»⁷³.

Costituzione spagnola). Con specifico riferimento al dibattito relativo all'emergenza formatosi in relazione alla lotta al terrorismo internazionale, si rinvia a K. LOEVY, *Emergencies in Public Law. The Legal Politics of Containment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 21 ss. Qui, date per associate alcune categorizzazioni, si studia la possibilità di inquadrare i poteri emergenziali, di fatto o di diritto attivati dopo il 2001, nell'ambito della legalità o al di fuori di essa. Se, da un lato, sussistono teorie (O. GROSS, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crisis Always Be Constitutional?*, in 112 *Yale Law Journal*, 2003, 111 ss.) che accolgono e sviluppano le ricostruzioni schmittiane secondo cui l'emergenza deve necessariamente porsi come qualcosa di extra-legale, dall'altro, non mancano autorevoli voci (v. D. DYZENHAUS, *The State of Emergency in Legal Theory*, in V. RAMRAJ, M. HOR, K. ROACH (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006) che ritengono che solo il quadro della legalità possa (e debba) limitare e regolare l'emergenza.

⁶⁹ Cfr. anche C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche di sicurezza*, Padova, Cedam, 2012, 73, che definisce il «diritto di libertà alla sicurezza» come un «diritto fondamentale autonomo».

⁷⁰ T.E. FROSINI, C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005, 77 ss. Qui, la sicurezza è «condizione per l'esercizio delle libertà e per la riduzione delle disuguaglianze». V. anche T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006.

⁷¹ In tal senso, questa teoria pare assimilabile alla seconda concezione della sicurezza esposta in BARBERIS, *cit.*, 88 ss. (cfr. *supra*, nota 63), ossia la visione della stessa come sempre prevalente nel bilanciamento. Al contrario, la teoria riconducibile a G. DE VERGOTTINI, *op. ult. cit.*, 56 ss. (cfr. *supra*, nota 67) appariva maggiormente vicina al primo concetto oggetto delle riflessioni di Barberis, ossia la sicurezza come diritto fondamentale, ma soggetto al bilanciamento con gli altri.

⁷² S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.*, 4/2006, 747 ss.

⁷³ Il riferimento è a G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, 31 ss. In verità, già qualche anno prima – ma sempre successivamente agli eventi dell'11 settembre 2001 – seppur in termini più mitigati, questa ricostruzione era stata teorizzata in P. TORRETTA, *Diritto alla sicurezza e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A.

A tali teorie, che possono riassumersi, salvo le delineate differenze, in una visione soggettivizzata dell'ideale di sicurezza, fanno da controcanto le autorevoli voci di chi ritiene che l'emergenza terroristica del post-2001 non possa trasformare la sicurezza in un fondamentale diritto della persona, ma si debba continuare a leggerla essa come limite eccezionale ai diritti⁷⁴. Tale ricostruzione giunge a confutare anche il dato letterale delle costituzioni e strumenti internazionali che esplicitamente affermano l'esistenza di un diritto alla sicurezza, argomentando come questa debba essere intesa alla stregua del concetto, prima delineato, di *safety*⁷⁵, ossia di sicurezza come garanzia di diritti già esistenti.

1.4. Gli interrogativi circa una “nuova” idea di sicurezza

Nonostante l'esistenza delle sopracitate teorie, che si propongono di perpetuare, sulla linea di quanto accadeva in epoca *pre-9/11*, l'idea di sicurezza come limite eccezionale ai diritti, rifiutando la sua soggettivizzazione, nonché la funzionalizzazione di tutti gli altri diritti ad essa, deve rilevarsi anche che l'osservazione dello scenario comparato mostra l'esistenza di spinte *de facto* sempre più securitarie. Alla base di queste ultime sembra trovarsi l'assunto secondo cui la sicurezza deve necessariamente prevalere sui (o sugli altri?) diritti. In altre parole, per quanto gli sforzi dottrinali vadano nel senso di cercare un bilanciamento, oppure continuino a sostenere l'impossibilità di far prevaricare la sicurezza sui diritti, le misure antiterrorismo, fortemente limitative di questi ultimi, quando non in aperta violazione di essi, costituiscono un dato di fatto.

Essendo questa la situazione concreta, ci si può domandare se, ai fini di una tutela più coerente e mirata dell'essere umano, dei suoi diritti e della sua dignità anche nell'era del terrorismo internazionale, abbia ancora un senso arrovellarsi sulla

D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, 454 ss.

⁷⁴ A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, cit., 177 ss.; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Atti del Convegno svolto all'Università Milano-Bicocca il 4 giugno 2009, Milano 2012, spec. 48, il quale riprende la concezione tradizionale laddove afferma che la libertà dev'essere la regola mentre la sicurezza resta l'eccezione. V. anche ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, Jovene, 2012, 23 ss. Secondo questo A., inoltre, compito dello Stato è assicurare i diritti, il che è altro dal garantire un diritto alla sicurezza. V. ID., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2/2013, 1 ss. In termini simili la ricostruzione di M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, spec. 6. In senso ricognitivo di diverse teorie e approcci, v. V. PUPO, *La democrazia intollerante. Quanta libertà si può limitare in difesa della libertà?*, in *Federalismi.it*, 4/2018, 1 ss.

⁷⁵ Si rinvia, pertanto, alle teorie di Hobbes, su cui v. *supra*, nota 9.

possibilità di definire o meno la sicurezza come diritto. Da una prospettiva più ampia, si potrebbe pensare di impostare il ragionamento in termini parzialmente diversi. Da un lato, ciascuna democrazia matura, per continuare a potersi definire tale, non può rinunciare ad assicurare la garanzia dei diritti anche in tempi “difficili”⁷⁶, quali quelli caratterizzati dalla minaccia terroristica. Dall’altro lato, e allo stesso tempo, tali democrazie mature non possono, in nome di quanto appena enunciato, accettare il rischio della propria distruzione⁷⁷, adottando un approccio utopistico che postuli l’assoluta continuità, nell’ambito della tutela dei diritti, con in periodi in cui la minaccia alla sicurezza non è stata così pressante. A questo punto, le due necessità (mantenere i diritti e garantire la sicurezza) si presentano come innegabili e si potrebbe adottare una prospettiva volta, più che a qualificare in un senso o nell’altro la sicurezza, a comprendere quali debbano essere i rapporti fra i due “estremi” (sicurezza e diritti).

In primo luogo, questi potrebbero essere di coesistenza reciproca e, in un certo senso, di “indifferenza”, senza che l’uno faccia “concessioni” all’altra. Chiaramente, tale scenario è irrealizzabile nel mondo odierno.

In secondo luogo, si potrebbe pensare ad un’ottica di bilanciamento. È in questo senso che, nella maggior parte dei casi, legislatori e corti sembrano procedere. Ciò implicherebbe, certamente, un prevalere, perlomeno temporaneo, di un’esigenza sull’altra⁷⁸.

⁷⁶ L’espressione più idonea è forse quella utilizzata da Michel Rosenfeld, che parla dei tempi presenti come di «stressful times». L’aggettivo *stressful* varrebbe a caratterizzare momenti storici in cui non si è né in condizioni di “normalità”, né, allo stesso tempo, in periodi apertamente definibili come “di crisi” da un punto di vista forma. V. M. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, in 27 *Cardozo Law Review*, 2006, 2079 ss.

⁷⁷ Secondo una dogmatica che pare ricordare la “democrazia militante”, originariamente teorizzata da K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Human Rights*, in 31 *American Political Sciences Review*, 417. Il concetto di democrazia militante elaborato dal Loewenstein – in un’epoca, preme sottolinearlo, in cui l’Europa era caratterizzata dalla diffusione di regimi totalitari ed autoritari – si può sintetizzare nella necessità che le democrazie, proprio per evitare di essere rovesciate a causa di un eccesso di “fondamentalismo democratico”, dovrebbero reagire agli “attacchi” perpetrati per mezzo di strumenti non democratici con mezzi che rinuncino, sotto stretti controlli, a talune delle garanzie proprie della democrazia stessa. Così, ad esempio, l’A. suggerisce il rafforzamento, in questi contesti, dei poteri dell’Esecutivo, anche di carattere emergenziale e pur a costo di limitare – sotto strette garanzie – taluni diritti fondamentali. Per un adattamento di questo concetto alle democrazie contemporanee, si rinvia a M. THIEL (ed.), *The “Militant Democracy” Principle in Modern Democracy*, New York, Routledge, 2009.

⁷⁸ Cfr. A. VEDASCHI, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, 1 *Comparative Law Review* 2010, 1 ss., spec. 34, dove si sottolinea la prevalenza dell’interesse

Da ultimo, e potrebbe rivelarsi questa una prospettiva innovativa, si potrebbe iniziare a concepire il rapporto fra sicurezza e diritti in termini di contemperamento. Il contemperamento differisce dal bilanciamento perché, se nel primo caso la conseguenza consiste in una temporanea prevalenza di un diritto/valore sull'altro, il contemperamento implica un tentativo di fondare la coesistenza di due interessi opposti⁷⁹.

Da questo punto di vista, si dovrebbe essere in grado di trovare non momenti di prevalenza della sicurezza sulla libertà, o viceversa, bensì *in quale misura* deve essere presente l'una e *in quale misura* l'altra. In altre parole, in tempi di terrorismo internazionale appare oltremodo complesso, nonché in certa misura addirittura infruttuoso, tentare di risolvere il rapporto tra libertà e sicurezza o in termini di regola (la prima) ed eccezione sporadica (la seconda), che va a limitarne l'applicazione, come era prassi tra la dottrina costituzionalistica precedente ai fatti dell'11 settembre 2001⁸⁰. Né, dall'altro lato, sembra concepibile un riassetto totale di questa prospettiva, che faccia assurgere la sicurezza a situazione giuridica soggettiva e funzionalizzi ad essa gli altri diritti, come affermato da alcuni autori⁸¹, con forti resistenze da parte di altri⁸². La prima tesi, in effetti, può apparire inattuabile in quelli che sono qualificati come «times of stress»⁸³; la seconda, sebbene il suo fondamento vada rinvenuto nella nobile volontà di garantire gli altri diritti, dei quali la sicurezza

securitario nel contest statunitense, a prescindere da tentativi da parte delle corti – in particolare, della Corte Suprema – di porre un freno alla deriva da parte dell'Esecutivo.

⁷⁹ Come sottolineato da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, 102. Si noti che tale ottica di contemperamento, più che di bilanciamento, pare essere stata fatta propria dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel recente parere sull'accordo PNR tra UE e Canada (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 26 luglio 2017, A1/15). In questi termini, A. VEDASCHI, *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2017, 1913 ss., spec. 1937. Sul parere 1/15 della Corte di giustizia, si veda anche più ampiamente *infra* nel presente lavoro, al Cap. III. Tale approccio della Corte di giustizia sottolinea il ruolo di *human rights adjudicator* che la Corte ha fatto proprio in modo crescente, soprattutto dopo il Trattato di Lisbona. V., su tale attitudine della Corte di giustizia, G. DE BÚRQA, *After the EU Charter of fundamental rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, 168 ss.

⁸⁰ Cfr. note 56, 57 e 59 per riferimenti e, per tutti, A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, cit., in chiave ricognitiva della detta dottrina.

⁸¹ V. *supra*, nota 70.

⁸² V. *supra*, nota 74.

⁸³ Cfr. M. ROSENFELD, cit.

sarebbe il presupposto imprescindibile, presenta il rischio eccessivo di condurre a derive securitarie da cui vanno prese le distanze.

Il concetto di sicurezza a cui si dovrebbe tendere, che potrebbe rappresentare la chiave di lettura da applicare nella pur necessaria, anzi imprescindibile, configurazione, da parte di legislatori e governi, di strumenti di lotta al terrorismo che inevitabilmente possono scontrarsi con alcune garanzie in tema di diritti, appare meglio designato in termini di “libertà-sicurezza”⁸⁴. Questo significherebbe tentare una funzionalizzazione della sicurezza alle libertà, e non il contrario. Sembra, in altre parole, che la ricerca spasmodica di una gerarchia di valori conduca troppo spesso a porre la sicurezza all’apice⁸⁵.

Adottare una diversa prospettiva che risulti in favore di una costruzione non piramidale, ma orizzontale degli interessi in gioco, porterebbe ad individuare come primo destinatario della sicurezza non tanto e non più lo Stato, ma l’uomo, caratterizzando il concetto di sicurezza come “sicurezza umana”⁸⁶. Questa espressione viene tradizionalmente riferita ad un’accezione di sicurezza più ampia rispetto a quella di “sicurezza pubblica” o “sicurezza nazionale”, comprendente tutti gli aspetti della persona umana e consistente nella sua incolumità fisica, ma anche nella possibilità di godere dei diritti, di ogni categoria, garantiti dall’ordinamento⁸⁷.

Partendo da tale analisi, si potrebbe argomentare che, nel XXI secolo caratterizzato dalla minaccia del terrorismo internazionale, il concetto di sicurezza si avvicina sempre più a quello di dignità umana e in questa luce deve essere letto. Questa lettura consentirebbe un avvicinamento delle nozioni di sicurezza e di dignità – la quale si trova alla base del riconoscimento e della garanzia di tutti i diritti –, che sarebbero entrambe comprese nell’idea di “diritto umano”, nella prospettiva di un contemperamento che ha già inglobato i due valori in un valore unico, eliminando la visione per cui la sicurezza è un qualcosa di “esterno” rispetto ai diritti, che necessita di bilanciamento con essi ed è potenzialmente idoneo a sopraffarli⁸⁸.

⁸⁴ Cfr. M. BARBERIS, *Non c’è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, cit., 102.

⁸⁵ Cfr., ancora, A. VEDASCHI, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, cit.

⁸⁶ Su tale accezione, la letteratura è molto ampia. Si veda, per tutti, Y. ROZNAI, *The Insecurity of Human Security*, in 32 *Wisconsin International Law Journal*, 2014, 95-141.

⁸⁷ Si dice che la sicurezza umana costituisca la base per la sicurezza nazionale. In altre parole, potrebbe assimilarsi al concetto prima richiamato di *certainty* (v. *supra*, nota 10).

⁸⁸ V. in termini simili le riflessioni di M. SCHEININ, *Human Dignity, Human Security, Terrorism and Counter-Terrorism*, in C. PAULUSSEN, M. SCHEININ (eds.), *Human Dignity and Human Security in Times of Terrorism*, The Hague, Springer Verlag/T.M.C. Asser Press, 2020, 13 ss.

Il presente lavoro si propone di leggere in questa ottica il quadro comparato di reazione alla minaccia terroristica, riflettendo sulla capacità degli attuali meccanismi di garanzia posti dagli strumenti costituzionali, sovranazionali e internazionali di attuare la nozione ora proposta di sicurezza, che potrebbe essere in grado di mantenere l'identità democratica degli ordinamenti in questione, pur senza che questi accettino, come "prezzo da pagare", la loro distruzione. Distruzione che potrebbe avvenire tanto a livello strutturale (con una torsione del rapporto fra organi dello Stato), sia a livello sostanziale (con riferimento alla tutela dei diritti, che potrebbe attestarsi su *standards* assai più bassi di quelli raggiunti dal costituzionalismo contemporaneo prima dell'11 settembre 2001).

In parallelo, la trattazione si prefigge di valutare, anche grazie all'analisi giurisprudenziale, quale debba essere il ruolo delle corti in questo processo di riconfigurazione del concetto di sicurezza, reso necessario dalla frantumazione degli schemi classici propri delle democrazie mature a causa dell'irrompere del terrorismo internazionale.

2. Sicurezza vs. diritti: linee di tendenza in ottica comparata dopo l'11 settembre 2001 e possibili classificazioni

Al fine di verificare la possibilità di lettura dell'attuale quadro di reazione delle democrazie c.d. mature alla minaccia del terrorismo internazionale, è essenziale spostare l'analisi su una dimensione "pratica" ed esaminare, partendo da un punto di vista generale, le reazioni giuridiche delle democrazie al terrorismo internazionale post-11 settembre⁸⁹.

Nel tracciare alcune linee di tendenza in tema di misure di contrasto al terrorismo, si tenterà una classificazione delle risposte ordinamentali rispetto a tale specifica minaccia alla sicurezza nazionale secondo due direzioni.

In primo luogo, il criterio differenziale da utilizzare può essere quello del rapporto fra risposta alla minaccia terroristica internazionale e il concetto di guerra.

⁸⁹ Si parla, emblematicamente, di *post-9/11 era*. Nel segno di una chiara cesura tra "il mondo pre-11 settembre" e "il mondo post-11 settembre", si veda, in generale, D. JENKINS, A. JACOBSEN, A. HENRIKSEN (eds.), *The Long Decade. How 9/11 Changed the World*, Oxford, Oxford University Press, 2014. I singoli contributi di questo volume segnalano, trattando delle diverse tematiche afferenti ai concetti basilari del diritto costituzionale (cittadinanza, giurisdizione, confini, *accountability* democratica ecc.), la torsione dei detti canoni, al punto tale da segnare un'evidente linea di confine. Si veda anche, per un'analisi di come il terrorismo stia cambiando il costituzionalismo, C. BASSU, *Terrorismo e costituzionalismo: percorsi comparati*, Torino, Giappichelli, 2010.

A questo proposito, va sottolineata la differenza fra il c.d. *war approach*, tipico degli Stati Uniti d'America⁹⁰, prima democrazia ad essere concretamente *target* degli attacchi terroristici internazionali, e gli approcci – propri della quasi totalità degli Stati europei – basati sul diritto penale. Secondo questi ultimi, il terrorismo va considerato come un crimine, seppure efferato, da contrastare con gli strumenti penalistici.⁹¹

Un secondo fattore differenziale e, dunque, un'altra classificazione proponibile, si basa sul rapporto tra le misure di contrasto al terrorismo internazionale e l'attivazione o meno delle clausole emergenziali eventualmente contenute nei testi costituzionali o legislativi dei Paesi esaminati⁹².

2.1. War on terror vs. criminal law approach

Se, perlomeno fino al 2004-2005, si fosse chiesto a chiunque di identificare il *target* principale dell'azione dei gruppi terroristici internazionali di matrice estremista jihadista, con tutta probabilità, sarebbero stati indicati gli Stati Uniti⁹³. Dal 2004-2005, a seguito dei fatti di Madrid e di Londra, gli attacchi terroristici su grande scala hanno però iniziato ad affliggere anche l'Europa.

La risposta statunitense al terrorismo internazionale si differenzia da quella di tutte le altre democrazie in quanto si basa sul “*war approach*”⁹⁴, a giudizio di alcuni

⁹⁰ Secondo l'analisi di K.L. SCHEPPELE, *Other People's Patriot Acts: Europe's Response to September 11*, in 50 *Loyola Law Review*, 2004, 89, anche l'intervento militare delle potenze europee al fianco degli Stati Uniti all'indomani dell'11 settembre non può essere parificato all'approccio belligerante di questi ultimi.

⁹¹ V. A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism: The Argument for a More Enlightened Approach Based on a Constitutional Law Paradigm*, in S. SHETREET, W. MCCORMACK (eds.), *The Culture of Judicial Independence in a Globalised World*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2016, 94 ss., nel quale si argomenta la necessità di superare entrambi gli approcci “rileggendoli” alla luce delle garanzie offerte sul piano costituzionalistico. V. anche *infra* in questo Capitolo per ulteriore discussione in questo senso.

⁹² Anche nei modelli in cui l'emergenza non è dettagliatamente proceduralizzata in costituzione, si è fatto utilizzo di poteri emergenziali. Con specifico riferimento ai casi di Canada e Stati Uniti, K.L. SCHEPPELE, *North American Emergencies: The Use of Emergency Powers in Canada and the United States*, in 4 *International Journal of Constitutional Law*, 2016, 213 ss. V. anche la successiva analisi nel presente Capitolo, *infra* al § 2.2.

⁹³ Su questo tema è interessante vedere il lavoro di M. ABRAHAMS, *Al Qaeda Scorecard: A Progress Report on Al Qaeda's Objective*, in 29 *Studies in Conflict & Terrorism*, 2006, 509 ss., dove l'A. tenta di identificare con precisione i motivi per i quali Al Qaeda avrebbe colpito gli Stati Uniti l'11 settembre 2001.

⁹⁴ Questo approccio “militarizzato” non costituisce una novità assoluta dell'Amministrazione Bush *post*-11 settembre 2001. Si tratta, al contrario, di una retorica politica ripresa dall'atteggiamento dell'Amministrazione Clinton ai tempi della Guerra

strettamente legato al c.d. eccezionalismo americano⁹⁵. La retorica statunitense in tema di antiterrorismo si muove sin da subito in termini di vera e propria “guerra” come emerge dal discorso che, il 20 settembre 2001, il Presidente Bush tiene al Congresso: «the enemies of freedom committed an act of war against our country»⁹⁶. Atto di guerra al quale, imprescindibilmente, si deve rispondere secondo il paradigma bellico.

Questo atteggiamento si è estrinsecato nella Joint Resolution n. 23⁹⁷, che il Congresso ha adottato autorizzando il Presidente ad intervenire usando tutti i mezzi necessari e appropriati nei confronti di nazioni, organizzazioni o addirittura individui che egli ritenga abbiano pianificato, autorizzato, commesso o favorito la commissione gli attacchi terroristici dell'11 settembre, successivamente ad una dichiarazione di stato di emergenza⁹⁸.

Se, da un lato, sul piano politico la conseguenza è stata l'invasione militare dell'Afghanistan, dall'altro, prendendo in considerazione gli aspetti giuridici, non si può omettere di rilevare come la guerra statunitense al terrorismo abbia, sin dagli inizi, presentato caratteri atipici, in primo luogo in quanto spesso attuata a prescindere dalle regole basilari del diritto internazionale umanitario. Sin da subito i c.d. *enemy combatants*, soggetti qualificati in tal senso dal Capo dello Stato in quanto

fredda e traslata nell'ottica del terrorismo internazionale. Si veda, in questo senso, D. COLE, *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, Georgetown University Law Center, 2003 Research Paper Series in Public Law and Legal Theory, Research Paper No. 383660.

⁹⁵ M. BARNETT, *American Exceptionalism and the Construction of the War on Terrorism*, INSCT Working Paper Series, 2016. L'eccezionalismo – parola usata per la prima volta, in relazione agli Stati Uniti, da Tocqueville nel 1835 – si può definire come quella retorica che tende a vedere gli Stati Uniti “diversi qualitativamente” da qualsiasi altra nazione sviluppata, estrinsecandosi tale diversità nelle diverse basi storiche, sociali e politiche. Portata alle estreme conseguenze, questa dottrina si è trasformata in una mitizzazione egemonica degli USA come nazione “eletta” per sconfiggere il Male.

⁹⁶ Il testo del discorso del Presidente Bush è consultabile all'indirizzo https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf.

⁹⁷ Authorization for Use of Military Force, Pub. L. 107-40, 115 Stat. 224, 2001. Sul punto, A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, cit., 518.

⁹⁸ Declaration of Nation Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks, 14.9.2001. Si ricordi che il Presidente degli Stati Uniti può dichiarare lo stato di emergenza in base al *National Emergency Act*, 50 U.S.C. 1622(d). Sugli *emergency powers* del Presidente degli Stati Uniti, G.F. FERRARI, *L'esperienza statunitense*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, il Mulino, 1997, 498 ss.

catturati in zone di guerra e ritenuti pericolosi perché coinvolti (effettivamente o potenzialmente) in attività terroristiche⁹⁹, vengono processati da commissioni militari, in spregio di qualsiasi garanzia di *due process of law* contenuta nella Costituzione statunitense¹⁰⁰ e dettata dalle regole del diritto internazionale umanitario¹⁰¹.

In parallelo, sul versante legislativo, gli Stati Uniti reagiscono con il noto *USA PATRIOT ACT*¹⁰² (nel prosieguo, *Patriot Act*), che costituisce la prima legislazione

⁹⁹ Potere che viene attribuito al Presidente degli Stati Uniti dal Military Order recante *Detention, Treatment and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, L. 66 Fed. Reg. 57, 833 n. 222, 13 Nov. 2001

¹⁰⁰ V e VI Emendamento della Cost. statunitense.

¹⁰¹ Sul tema, si è sviluppata un'ampia giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, comunemente richiamata con il nome di *Guantánamo case law*, poiché gli *enemy combatants* erano spesso trasferiti, detenuti e processati nella base militare di Guantánamo, sulla scorta della considerazione per cui, essendo tale territorio appartenente formalmente alla giurisdizione cubana, non si applicassero ivi le garanzie costituzionali statunitensi. In quella che può essere definita una vera e propria “serie” di sentenze, la Corte Suprema statunitense ha cercato di ribadire il principio secondo cui, data la giurisdizione *de facto*, seppure non *de iure*, degli Stati Uniti sul territorio di Guantánamo, le relative garanzie costituzionali dovessero applicarsi, nonché i principi del diritto internazionale umanitario. Tale atteggiamento della Corte Suprema ha dato vita ad un vero e proprio “braccio di ferro” con il Legislatore, che a più riprese ha tentato, per via legislativa, di legittimare le commissioni militari e il loro operato in quelli che sono stati definiti *legal black holes*. Si vedano, sul tema e per una ricognizione delle sentenze della Corte Suprema sul punto, J. STEYN, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, in 53 *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 1 ss.; C.A. BRADLEY, *The Military Commissions Act, Habeas Corpus, and the Geneva Conventions*, in 101 *American Journal of International Law*, 2007, 322 ss.; C. BASSU, *op. ult. cit.*, F. NÍ AOLÁIN (ed.), *Guantánamo and beyond: exceptional courts and military commissions in comparative perspective*, New York, Cambridge University Press, 2013.

¹⁰² Pub. L. 107-56. *USA PATRIOT ACT* è l'acronimo di *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*. Sul tema, la dottrina è amplissima; solo per limitarsi ai lavori italiani e senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a M. BELLAZZI, *I “Patriot Acts” e la limitazione dei diritti costituzionali negli Stati Uniti*, in *Politica del diritto*, 4/2003, 681 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e effetti collaterali*, in *Questione giustizia*, 2004, 283 ss.; C. BASSU, *Il ruolo del Congresso degli Stati Uniti nella lotta al terrorismo*, in *Rassegna Parlamentare*, 1/2006, 227 ss. Si noti, inoltre, che parte della dottrina statunitense ha definito la reazione degli Stati Uniti di carattere non solo difensivo, ma anche offensivo. V. in questo senso V.D. DINH, *USA Patriot Act*, in 5 *German Law Journal* 2004, 461, 462. Questa dottrina osserva anche, in tema di rapporto fra libertà e sicurezza, che tale *trade-off* si rivelerebbe essere “falso”, in quanto il vero dilemma consiste nel come utilizzare la sicurezza in favore della libertà.

di carattere organico in materia di contrasto al terrorismo internazionale¹⁰³. Il *Patriot Act* si pone, già al momento della sua approvazione da parte del Congresso, in chiaro contrasto con le più importanti libertà garantite sul piano costituzionale¹⁰⁴. Pur non essendo possibile, in questa sede, procedere ad un esame dettagliato dell'estesa disciplina dettata dal *Patriot Act*¹⁰⁵ – come si vedrà *infra* in questo lavoro¹⁰⁶, per molti aspetti ancora in vigore – si ritiene opportuno sottolineare gli aspetti chiave di tale legge al momento della sua approvazione.

In primo luogo, il *Patriot Act* non prevede una definizione accurata di “terrorismo”¹⁰⁷, in quanto si focalizza solamente sui concetti di “attività terroristica”¹⁰⁸ e “organizzazione terroristica”¹⁰⁹.

In secondo luogo, la sez. 215 del *Patriot Act* ha suscitato il maggior numero di critiche e discussioni. Si avrà modo di tornare su di essa in parti successive di questo lavoro¹¹⁰, tuttavia conviene sin d'ora anticiparne alcuni tratti fondamentali. La sez. 215 garantiva alle pubbliche autorità poteri di sorveglianza di massa assai intrusivi¹¹¹ nei confronti dei soggetti non aventi la cittadinanza statunitense. Nel caso dei cittadini statunitensi, le stesse misure potevano essere poste in essere, ma solo a

¹⁰³ Senza considerare, dunque, le preesistenti legislazioni, ad esempio quella britannica o quella spagnola, volte a contrastare fenomeni di terrorismo interno e di stampo separatista.

¹⁰⁴ Per una ricognizione degli aspetti maggiormente critici, in particolare con riferimento al regime di privazione di libertà personale per i soggetti non cittadini americani, si fa rinvio a S. SINNAR, *Patriotic or Unconstitutional? The Mandatory Detention of Aliens under USA PATRIOT Act*, in 55 *Stanford Law Review*, 2003, 1419 ss. Nello specifico, la detenzione degli stranieri violerebbe il Quinto Emendamento della Costituzione americana.

¹⁰⁵ Per la quale si rinvia, per tutti, a S. SETTY, *The United States*, in K. ROACH (ed.), *Comparative Counter-Terrorism Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 49 ss.

¹⁰⁶ Cap. III.

¹⁰⁷ Sebbene la definizione di terrorismo sia prevista, nel contesto statunitense, nell'ambito dell'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA) 1996, Pub. L. No. 104-132, secondo il quale «the term 'terrorism' means premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by subnational groups or clandestine agents, usually directed to influence population» (sec. 303(a)). Tuttavia, tale definizione non è neanche richiamata all'interno del *Patriot Act*.

¹⁰⁸ Definita come una condotta commessa, individualmente o collettivamente, con l'intenzione di causare la morte o seri danni fisici. V. *Patriot Act*, sec. 411(F)(IV).

¹⁰⁹ Si tratta di quelle organizzazioni così definite sulla base di una determinazione del *Secretary of State*, talvolta sulla base di una richiesta dell'*Attorney General*. Si noti che, per tale procedura, il *Patriot Act* rinvia all'*Immigration and Nationality Act* (INA), 1992, modificato nel 2001. Si nota, quindi – non diversamente che in altri Paesi, v. *infra* – una certa sovrapposizione tra misure antiterrorismo e disciplina dell'immigrazione.

¹¹⁰ V. *infra*, Cap. III.

¹¹¹ Si parla della raccolta di «tangible things, (including books, records, papers, documents and other items) for an investigation to obtain foreign intelligence information».

condizione che il Governo dimostrasse di agire con specifiche finalità di prevenzione del terrorismo (cosa non richiesta con riguardo agli stranieri). La sez. 215 era soggetta a *sunset clause*¹¹², tuttavia ha subito diversi rinnovi nel corso del tempo. Da ultimo, allo scadere dell'ultimo rinnovo, nel giugno 2015, una norma praticamente identica è stata introdotta da un'altra legge¹¹³.

In terzo luogo, altra disposizione controversa del *Patriot Act* è la sez. 412, secondo la quale l'Attorney General ha il potere di ordinare la detenzione, a prescindere da uno specifico capo di accusa, di individui identificati come «certified aliens». Si tratta di soggetti non aventi cittadinanza statunitense nei cui confronti sussistano «reasonable grounds to believe»¹¹⁴ che siano coinvolti in un'attività di natura terroristica¹¹⁵.

Perciò, gli Stati Uniti, oltre a reagire agli attacchi terroristici come a vere e proprie dichiarazioni di guerra, agiscono anche, immediatamente dopo l'11 settembre, con una legislazione che ha carattere emergenziale e che, pur essendo formalmente temporanea – si pensi alle *sunset clauses* –, verrà poi “normalizzata” da un punto di vista sostanziale.

Altre democrazie non adottano un approccio “belligerante”, ma riconducono la minaccia terroristica, e con essa la necessità di combatterla, agli strumenti del diritto penale.

Si pensi, ad esempio, all'Italia, che subito dopo gli attacchi del 2001, risponde con il d.l. 374/2001¹¹⁶, il quale, tra l'altro, modifica l'art. 270-*bis* del codice penale (nel prosieguo c.p.). L'art. 270-*bis* era stato introdotto con la finalità di far fronte al terrorismo politico, “rosso” e “nero”, che, nel corso del XX secolo, aveva afflitto

¹¹² Per una definizione e un approfondimento della natura di queste clausole, v. *infra*, Cap. II.

¹¹³ USA Freedom Act, Pub. L. No. 114-23, 129 Stat. 268 (2015).

¹¹⁴ Si la vaghezza sotto il profilo definitorio, che lascia praticamente la decisione alla discrezione dell'Attorney General.

¹¹⁵ Il *Patriot Act* non permette alla persona straniera la possibilità di rivolgersi ad un avvocato durante il procedimento. Ciò si pone in chiara violazione del c.d. *due process*, garantito, nell'ambito della Costituzione statunitense, dal Quinto Emendamento. V. see S. SINNAR, *Patriotic or Unconstitutional? The Mandatory Detention of Aliens under USA Patriot Act*, in 55 *Stanford Law Review*, 2003, 1419 ss. Si noti che la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti tende a ritenere le garanzie del Quinto Emendamento applicabili anche ai soggetti non aventi cittadinanza americana, a prescindere che la loro permanenza sul territorio statunitense sia o meno legittima. *Zadvydas v. Davis*, 533 US 678 (2001).

¹¹⁶ Decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, “Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale”, in G.U. n. 244 del 19-10-2001, convertito con modificazioni dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438, G.U. n. 293 del 18-12-2001.

l'Italia. Dopo il 2001, la rubrica dell'art. 270-*bis* cambia e diventa «Associazioni con finalità di terrorismo *anche internazionale* o di eversione dell'ordine democratico» (corsivo aggiunto)¹¹⁷. Già tale modifica – a prescindere, poi, dalle disposizioni di carattere maggiormente “operativo” che seguiranno – è sintomatica dell'atteggiamento italiano, che tende a considerare il terrorismo più come un crimine efferato che come un “nemico” da combattere con vere e proprie operazioni di guerra. Ad un orientamento simile aderiranno, perlomeno in un primo momento immediatamente successivo ai fatti dell'11 settembre 2001, vari Paesi dell'area europea, come la Francia e la Spagna.

Ciò non significa che quei Paesi che, in prima battuta, hanno preferito una risposta che può essere classificata come di natura “penalistica” non abbiano “contaminato” tale scelta, agendo, *di fatto*, come se ci si trovasse dinanzi ad una vera guerra da combattere. Questa affermazione è dimostrata da vari fattori.

In prima battuta, è vero che gli attentati dell'11 settembre sono stati considerati dagli Stati Uniti come il *casus belli* che ha portato, il 7 ottobre 2001, all'inizio delle ostilità nei confronti dell'Afghanistan¹¹⁸. Tuttavia, se la prima ondata di attacchi ha visto il coinvolgimento delle sole forze americane e di quelle britanniche, in seguito si aggiungeranno contingenti provenienti da più di trenta Stati, tra i quali anche quelli che, come l'Italia, a livello interno non adottavano il *war approach* nei confronti del terrorismo internazionale. Pertanto, la *war on terror* di matrice statunitense ha coinvolto, e ancora coinvolge, un ampio novero di Paesi, dimostrando così che, molto probabilmente, alla risposta bellica statunitense non pertiene il carattere di “eccezionalismo”.

In secondo luogo, Stati europei, tra i quali, di nuovo, la stessa Italia, hanno affiancato gli Stati Uniti anche in altre operazioni non inquadrabili nel concetto tradizionale di “guerra”, ma che assumono un carattere extra-bellico e, si può sostenere, anche extra-giuridico. Il riferimento è alle c.d. *extraordinary renditions*, che consistono nel rapimento di un sospetto terrorista, anche in territori diversi da quello statunitense, al fine di condurlo in Paesi terzi in modo da poter procedere, con

¹¹⁷ Per la definizione delle condotte con finalità di terrorismo, tuttavia, bisognerà aspettare il 2005, quando il d.l. 144/2005, conv. l. 155/2005, inserirà l'art. 270-*sexies* c.p.

¹¹⁸ Le quali, allo stato attuale dei fatti, sono ancora in corso. La guerra in Afghanistan doveva essere finalizzata alla cattura e all'uccisione dell'allora *leader* di Al-Qaeda, Osama Bin Laden. Come noto, questa si realizzerà il 2 maggio 2011 da parte delle forze statunitensi. Per un commento di carattere giuridico a questa operazione, rientrante nei c.d. *targeted killings*, si fa rinvio ad A. VEDASCHI, *Osama bin Laden: l'ultimo targeted killing. Gli Stati Uniti hanno dunque la licenza di uccidere?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2011, 1196 ss. Tale avvenimento ha dato luogo ad un inasprirsi delle offensive talebane.

tecniche classificabili a tutti gli effetti come tortura, al suo interrogatorio¹¹⁹. Ebbene, per poter mettere in atto tali operazioni, gli Stati Uniti possono necessitare della collaborazione del Paese sul cui territorio il sospetto terrorista si trova. Cooperazione che avviene, dal punto di vista operativo, con l'apporto dei servizi di *intelligence* degli Stati coinvolti. In un noto caso di *extraordinary rendition*, che ha coinvolto l'Italia ed è giunto fino alla Corte europea dei diritti dell'uomo, quest'ultima ha ritenuto lo Stato italiano responsabile per la collaborazione con gli Stati Uniti nella tortura dell'*imam* egiziano Abu Omar, avvenuta in Egitto¹²⁰.

2.2. Emergenza vs. “normalità”

Si è premessa, nell'*incipit* del presente paragrafo, la volontà di classificare le risposte delle democrazie al terrorismo internazionale anche a seconda dell'attivazione o meno di meccanismi formalmente emergenziali.

Una preliminare precisazione si rende necessaria. Come osservato dalla dottrina¹²¹ nel corso degli anni successivi al 2001, la quasi totalità dei Paesi democratici sta andando nel senso di una “normalizzazione” delle misure *de facto* emergenziali a causa dell'incombere della portata distruttiva del terrorismo

¹¹⁹ Per un inquadramento, anche di carattere storico, della tecnica delle *extraordinary renditions*, A. VEDASCHI, *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4/2013, 1255 ss. Le *extraordinary renditions* non costituiscono, invero, una “novità” della *war on terror* post-2001, essendo già esistenti dai tempi dell'amministrazione Reagan nella forma delle *renditions to justice*, non finalizzate alla tortura in territorio estero, quanto alla riconduzione del soggetto sotto la giurisdizione statunitense al fine di sottoporlo a processo. Si veda anche M.L. SATTERTHWAIT, *The Legal Regime Governing Transfer of Persons in the Fight Against Terrorism*, in L. VAN DEN HERIK, N. SCHRIJVER (eds.), *Counter-Terrorism and International Law: Meeting the Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 589 ss. Con specifico riferimento all'amministrazione Reagan, J. BRENT WILSON, *The United States' Response to International Terrorism*, in D.A. CHARTER (ed.), *The Deadly Sin of Terrorism*, Westport, Greenwood, 1994, 173 ss.

¹²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nasr & Ghali c. Italie*, app. n. 4483/08, 23-02-2016. Per un commento a questa decisione, anche relativamente ai profili di utilizzo del segreto di Stato nelle operazioni di *extraordinary renditions*, si rimanda al lavoro di A. VEDASCHI, *State Secret Privilege versus Human Rights: Lessons from the European Court of Human Rights Ruling on the Abu Omar Case*, in 13 *European Constitutional Law Review*, 166 ss. Su come l'utilizzo improprio – se non vero e proprio abuso – del segreto di Stato nel contesto della lotta al terrorismo stia incidendo sulle dinamiche della forma di governo italiana, si veda *infra*, Cap. II.

¹²¹ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide della democrazia*, Bologna, il Mulino, 2004, 23, ma anche P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, il Mulino, 2006, 56.

internazionale. Con l'espressione "normalizzazione dell'emergenza" si intende la propensione a ricorrere, in via tendenzialmente permanente, a misure limitative dei diritti individuali per affrontare la minaccia del terrorismo alla sicurezza nazionale. La "normalizzazione dell'emergenza" è una condizione osservabile a prescindere dall'attivazione o meno di meccanismi giuridici formali – previsti dal testo costituzionale, oppure definiti da specifiche leggi – volti a far fronte a circostanze eccezionali¹²². Invece, il tentativo di classificazione che qui si propone consiste proprio nel rilevare quali Stati hanno attivato istituti di carattere *formalmente* emergenziale in relazione al pericolo terroristico di natura internazionale, differenziandoli da quelli che hanno mantenuto le proprie risposte nel quadro del diritto ordinario.

In primo luogo, gli ordinamenti giuridici che hanno fatto ricorso a tali misure non costituiscono certamente una maggioranza. In linea con la scelta di gestione del

¹²² Per una classificazione dei detti meccanismi, si rinvia alla nota 68 e alla dottrina ivi citata. Con riferimento al contesto italiano, si deve notare che il quadro costituzionale non contiene un riferimento esplicito a poteri di emergenza. Come notato in dottrina (G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2015), nella memoria dei Costituenti era ben salda l'esperienza della Repubblica di Weimar, il cui art. 48 autorizzava il Presidente del *Reich* ad adottare una serie di misure necessarie, in caso di pericolo, a restaurare l'ordine e la sicurezza pubblica, potenzialmente includenti anche l'uso della forza e la temporanea sospensione dei diritti fondamentali, che ha poi aperto le porte all'esperienza nazista. Sulla Costituzione di Weimar, si veda C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946; G. BOGNETTI, *Europa in crisi: due studi su alcuni aspetti della fine della III Repubblica francese e della Repubblica di Weimar*, Milano, Giuffrè, 1991; M. CARDUCCI, *Costituzione di Weimar*, Macerata, Liberilibri, 2008. L'unico, scarso riferimento nella Costituzione italiana ad uno stato di eccezionalità si rinviene nell'art. 78, relativo ai poteri "necessari" conferiti dalle Camere al Governo in caso di stato di guerra deliberato da queste ultime. Su questo articolo della Costituzione italiana e sull' "occasione mancata" da parte del progetto di revisione costituzionale c.d. Renzi-Boschi di riformarlo, A. VEDASCHI, *Commento all'art. 78 della Costituzione*, in F. CLEMENTI et al. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, il Mulino, 2018. Sul dibattito in Assemblea costituente relativo ai temi dell'eccezione, B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, 1108 ss. Si noti che anche la Costituzione statunitense non contiene un'esplicita disciplina dell'emergenza; esiste, tuttavia, una clausola derogatoria dell'*habeas corpus* (art. 1, par. 9, c. 2 Cost. USA) in caso di «rebellion» o «invasion». B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in 113 *Yale Law Journal*, 2004, 1029. V. anche, per i precedenti costituzionali del *writ of habeas corpus* – e relativa possibilità di deroga – prima della Costituzione federale nell'ambito delle costituzioni delle colonie, W.F. DUKER, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, Westport, Praeger, 1980. Il solo caso di sospensione dell'*habeas corpus* si è avuto, per determinazione unilaterale del Presidente Lincoln, nel 1862, salvo successivo intervento del Congresso nel 1863 con l'*Habeas Corpus Act* a "sanatoria" dei provvedimenti presidenziali.

rischio terrorista impiegando gli strumenti del diritto penale ordinario, buona parte delle democrazie occidentali non ha attivato clausole costituzionali né legislative di carattere emergenziale. Inoltre, anche in casi in cui il ricorso a questi strumenti si è verificato, è osservabile una tendenza alla “normalizzazione” delle relative misure. Infatti, gli istituti volti a positivizzare le situazioni di emergenza hanno la funzione di legittimare deroghe rispetto alle garanzie ordinarie per un tempo limitato¹²³; al contrario, nelle esperienze democratiche *post-9/11*, si è spesso fatto di esse un utilizzo permanente, a causa di estensioni e rinnovi o, in alcuni casi, addirittura la trasformazione in diritto ordinario di talune misure prima utilizzabili solo in costanza della dichiarazione di uno stato di eccezionalità.

Anzitutto, va rimarcato che, tra le democrazie occidentali, nessuna di quelle che disciplinano a livello costituzionale¹²⁴ lo stato di emergenza ha attivato con successo tali clausole in risposta alla minaccia jihadista dal 2001 all’età contemporanea. Gli interventi di carattere *lato sensu* emergenziale, derogatori di diritti fondamentali per un tempo più o meno determinato, si sono avuti, semmai, invocando disposizioni di tipo legislativo. A questo proposito, si ritiene di analizzare due casi particolarmente significativi, richiamati in quest’ordine per ragioni diacroniche: quello britannico¹²⁵

¹²³ V. in generale P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003. Circa la derogabilità dei diritti nella Costituzione italiana, si ritiene qui di dover fare un cenno alla teoria di Mortati, secondo il quale in nessun contesto i diritti possono essere sospesi in maniera “integrale”, ma la sospensione deve sempre avvenire per norme costituzionali singole e ben individuate. C. MORTATI, *Costituzione (dottrina generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, Giuffrè, 1961, 195 ss.; ID., *La costituzione dello Stato e le garanzie costituzionali*, Roma, Edizioni Ricerche, 1965. Con riferimento alla libertà personale in condizioni di emergenza, T.E. FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 115 ss.

¹²⁴ Stando alla categorizzazione proposta in A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre?*, cit., in modelli a razionalizzazione “forte” e a razionalizzazione “debole” della clausola emergenziale, bisogna citare, tra quelli del primo modello, l’ordinamento tedesco e quello spagnolo; fra quelli del secondo modello, si può richiamare la Costituzione della V Repubblica francese.

¹²⁵ Come ben noto, l’ordinamento britannico non dispone di un testo costituzionale codificato, ma fa riferimento a quella che viene definita come una «Costituzione non scritta». V. P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, Giappichelli, 2005, 3. In altre parole, pur non esistendo un unico testo, o un insieme di testi, definibile come “la Costituzione”, esiste una pluralità di fonti di rango costituzionale, che possono essere contenute anche negli *statutes* del Parlamento (si parla in dottrina di una effettiva gerarchia fra *statutes* ordinari e *statutes* costituzionali, v. P. LEYLAND, *op. cit.*, 26), nonché nella stratificazione dei precedenti e nelle c.d. convenzioni costituzionali. In questo contesto, proprio a causa della “fluidità” del tessuto costituzionale britannico, non si può classificare questo ordinamento tra quelli che prevedono una disciplina positivizzata a livello

e quello francese¹²⁶.

All'indomani degli attacchi dell'11 settembre 2001, si pensa che a questi possano far seguito con tutta probabilità attentati terroristici nel territorio britannico¹²⁷. Di conseguenza, il Governo della Regina ritiene di dover attivare il meccanismo derogatorio di taluni diritti e libertà contenuto nell'art. 15 CEDU¹²⁸. Il Primo ministro, Tony Blair, notifica la deroga rispetto all'art. 5, co. 1 CEDU¹²⁹, relativo al

costituzionale dell'emergenza. Tuttavia, la dottrina ha argomentato come, in periodi come quelli delle Guerre mondiali, gli *statutes* che sono stati approvati per regolare le circostanze di eccezionalità e concedere poteri straordinari – soprattutto all'Esecutivo – siano da considerare di rango costituzionale. V. in argomento C.P. COTTER, *Constitutionalizing Emergency Powers: The British Experience*, in 5 *Stanford Law Review*, 1953, 382; J.O. FROSINI, S. PENNICINO, *La lotta al terrorismo nella patria dell'habeas corpus. Evidenze del dinamismo costituzionale britannico*, in M. CAVINO, M.G. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2009, 62 ss. Nel 1998, con l'*incorporation* a livello interno della Convenzione EDU grazie allo *Human Rights Act* (sulla quale si fa rinvio a G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 125 ss.), la previsione derogatoria dell'art. 15 di quest'ultima si è aggiunta a integrazione del regime *lato sensu* emergenziale del Regno Unito.

¹²⁶ Come già detto, la Francia rientra negli ordinamenti che costituzionalizzano la disciplina dell'emergenza (artt. 16 e 36 Cost. francese), tuttavia non ha utilizzato i relativi poteri né dopo l'11 settembre né dopo gli eventi terroristici che la hanno interessata direttamente a partire dal novembre 2015.

¹²⁷ Lo si desume dai dibattiti parlamentari successivi agli attentati. V. House of Commons, *Hansard Debates for 19 November 2001*, reperibile in <https://publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmhansrd/vo011119/debtext/11119-21.htm>.

¹²⁸ Ai sensi di tale disposizione, rubricata «Deroga in caso di stato d'urgenza», gli Stati che aderiscono alla Convenzione possono, in caso di «guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», adottare misure derogatorie delle garanzie offerte dalla Convenzione, con esclusione del diritto alla vita (eccettuato il caso di legittimi atti di guerra), il divieto di sottoporre a tortura, la proibizione della schiavitù e servitù e il divieto di irretrattabilità della legge penale (rispettivamente, si tratta degli artt. 2, 3, 4, co. 1 e 7 della CEDU). La deroga decisa dallo Stato contraente, oltre a dover seguire un preciso *iter* procedurale che implica la notifica al Segretario generale del Consiglio d'Europa, è soggetta al principio di stretta necessità e non può porsi in contrasto con altri obblighi assunti dallo Stato sul piano del diritto internazionale. Circa l'art. 15 CEDU e i requisiti necessari per l'attivazione della deroga, la Corte EDU aveva elaborato, già prima del 2001, un'ampia giurisprudenza, per la quale si fa rinvio a O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in 23 *Human Rights Quarterly*, 2001, 625 ss.

¹²⁹ L'atto con cui si dispone la deroga è lo *Human Rights Act (Designated Derogation) Order*. V. T. FENUCCI, *Sicurezza e diritti fondamentali nel Regno Unito*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, 1 ss.

diritto individuale alla libertà e alla sicurezza e alle ipotesi tassative in cui esso può essere limitato. In deroga a tale disposizione, nel Regno Unito gli individui possono essere privati della propria libertà personale in casi diversi e ulteriori rispetto a quelli elencati dalla CEDU. L'art. 5, co. 1, CEDU estrinseca, in sostanza, la garanzia dell'*habeas corpus*¹³⁰, consistente nella libertà da arresti e detenzioni arbitrari. L'*habeas corpus*, pertanto, postula l'attuazione di un controllo giurisdizionale sui provvedimenti restrittivi della libertà personale.

La deroga richiesta ex art. 15 CEDU rispetto alle garanzie dell'art. 5, co. 1, CEDU era al tempo strumentale per il Regno Unito ai fini dell'attuazione dell'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*¹³¹, approvato dal Parlamento britannico nel 2001, il quale, tra le altre misure introdotte, consentiva la detenzione arbitraria – a prescindere dalla formulazione di uno specifico capo d'accusa e dalla successiva celebrazione di un processo – di soggetti stranieri la cui presenza sul territorio britannico venisse concepita dal Ministro dell'interno come potenzialmente nociva per la sicurezza nazionale. Si può dire che con l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 2001 viene inaugurata la tendenza, ancora attualissima, a sovrapporre le misure di controllo dell'immigrazione con la legislazione antiterrorismo, negli ultimi tempi esacerbata sull'onda delle tendenze populiste¹³².

¹³⁰ Sull'*habeas corpus*, v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Habeas corpus*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, 941 ss.

¹³¹ *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* 2001, c. 24.

¹³² Il tema della sovrapposizione tra legislazione in materia di immigrazione e legislazione antiterrorismo è stato analizzato, tra gli altri, da M. SAVINO, *Enemy Aliens in Italy: The Conflation between Terrorism and Immigration*, in *3 Italian Journal of Public Law*, 2011, 224 ss. Negli ultimi anni, le politiche populiste stanno facendo leva in maniera forte sull'equazione straniero-terrorista-nemico, derivante da una distorsione ed eccessiva semplificazione della teoria schmittiana relativa alla contrapposizione *amicus-inimicus*. Per limitarsi allo scenario italiano, un primo segnale forte di "confusione" tra politiche migratorie e misure antiterrorismo si ha nel 2005, quando il d.l. n. 144 (poi convertito nella l. 31 luglio 2005, n. 155) introduce un'autonoma fattispecie di espulsione nei confronti dello straniero che abbia commesso reati terroristici – come definiti dal codice penale italiano – o nei cui confronti vi siano «fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali» (art. 3, d.l. n. 144/2005). Si deve notare, a tal proposito, la vaghezza del *drafting* della norma in oggetto, che lascia ampia discrezionalità in capo al Ministro dell'interno e alle Prefetture. Sugli aspetti di *drafting* nell'ambito della legislazione antiterrorismo, si rinvia al Cap. II. Negli anni recenti, l'attitudine a considerare "pericoloso" lo straniero si sta estendendo al punto tale da considerare esistenti, anche tra coloro che sono cittadini, due diverse "classi". A ciò sembrano tendere le recenti riforme in tema di revoca della cittadinanza per motivi di terrorismo, applicabili, molto spesso, ai c.d. cittadini di seconda generazione e non a coloro che sono cittadini per nascita. Anche a tal proposito è esemplificativo il caso italiano, con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. l. 1 dicembre 2018,

La deroga *ex art.* 15 viene ritirata nel 2005, a causa di un complesso *iter* giudiziario “multilivello” che coinvolgerà sia le giurisdizioni interne britanniche sia la Corte EDU¹³³ e porterà il Parlamento britannico a modificare la disciplina dell’*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* in senso non discriminatorio nei confronti degli stranieri, ma lasciando invariate le possibili limitazioni alla libertà personale degli individui per decisione di un organo dell’Esecutivo¹³⁴.

Spostandosi al contesto francese, si deve ricordare che, oltre alla disciplina costituzionale dell’emergenza, contenuta agli artt. 16 e 36 della Costituzione della vigente Costituzione¹³⁵, esiste anche una normativa di rango ordinario che riguarda uno stato di eccezione. Si tratta, nello specifico, della *loi* 55-385¹³⁶, che disciplina l’*état d’urgence*. Si tratta di una legge precedente rispetto all’attuale testo costituzionale francese del 1958, approvata nel periodo del conflitto franco-algerino¹³⁷, ma ancora in vigore e che coesiste con le altre modalità di gestione della crisi regolate a livello costituzionale.

n. 132. Per un commento alla disposizione di tale decreto che prevede la revoca della cittadinanza per motivi di terrorismo, A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure*, in *Verfassungsblog*, 29 January 2019, <https://verfassungsblog.de/citizenship-revocation-in-italy-as-a-counter-terrorism-measure/>. Per una discussione di carattere più generale sulla privazione della cittadinanza come mezzo di lotta al terrorismo, C. CASIELLO, *La strategia di contrasto ai “foreign terrorist fighters” e la revoca della cittadinanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2017, 341 ss.; E. CLOOTS, *The Legal Limits of Citizenship Deprivation as a Counterterror Strategy*, in 23 *European Public Law*, 2017, 57. Per un’analisi delle misure di concessione e revoca della cittadinanza prima dell’11 settembre 2011, si veda G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, Cedam, 1998.

¹³³ Su cui si veda C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale: garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 548 ss.

¹³⁴ Prevention of Terrorism Act 2005, c. 2. L’istituto più importante introdotto da questa legge consiste nei c.d. *control orders*. Si tratta di provvedimenti di carattere amministrativo restrittivi della libertà personale nei confronti di sospetti terroristi. Essi sono applicabili anche nei confronti di cittadini britannici. V. C. WALKER, *The Threat of Terrorism and the Fate of Control Orders*, in *Public Law*, 2010, 4 ss.

¹³⁵ Su cui v., tra la dottrina italiana, G. FRANCHI SCARSELLI, *Il diritto della necessità nel diritto pubblico francese*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, Roma, Rivista Militare, 1991, 267. L’art. 16 della Costituzione francese venne attivato in occasione del colpo di Stato militare in Algeria del 1961. V. sul punto A. SAJÓ, R. UITZ, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 422.

¹³⁶ *Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence*, J.O.R.F. 7 avril 1955.

¹³⁷ V., per approfondimenti sul contesto storico di approvazione di questa legge, nonché sui suoi impieghi precedentemente alla necessità di fronteggiare il terrorismo internazionale, S. THÉNAULT, *L’état d’urgence (1955-2005). De l’Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d’une loi*, in *Le Mouvement Social*, 2007, 63.

Nel contesto della lotta al terrorismo internazionale *post-9/11*, la prima dichiarazione dell'*état d'urgence* si ha nel novembre 2015, dopo gli attentati di Parigi al Bataclan, e viene rinnovato per ben sei volte¹³⁸, anche in considerazione dei successivi attacchi che hanno colpito la Francia nei mesi seguenti. Pertanto, la Francia non reagisce subito con lo strumento emergenziale, in quanto, almeno per quattordici anni, ossia dal 2001 al 2015, né le disposizioni costituzionali relative agli stati di eccezione né la legge del 1955 vengono attivate, ma la dichiarazione dell'*état d'urgence* avviene a seguito del primo attentato rivendicato dallo Stato Islamico sul suolo francese.

Contestualmente all'attivazione interna dell'*état d'urgence*, anche la Francia, come il Regno Unito, si trova a dover notificare, *ex art. 15 CEDU*, la deroga rispetto alle garanzie contenute nell'art. 5 della Convenzione, al fine di poter porre in essere le misure previste dai decreti attuativi della condizione di eccezionalità¹³⁹. In costanza dell'*état d'urgence*, vengono adottate diverse misure fortemente incidenti sulla libertà personale – ma anche su altre libertà della sfera privata, diretto precipitato della libertà personale, e pubblica – senza adeguati controlli giurisdizionali degli individui.

Ad esempio, le autorità amministrative – quali il Ministro degli interni o le Prefetture – possono ordinare la detenzione domiciliare di sospettati, oppure procedere ad ispezioni, in qualsiasi momento della giornata e senza preavviso, nei relativi domicili. Possono, inoltre, proibire riunioni in luogo pubblico, sciogliere associazioni, ordinare coprifuochi, nonché la chiusura temporanea di luoghi pubblici (tra cui i luoghi di culto musulmano, con impatto anche sull'estrinsecazione della libertà religiosa degli individui e sul loro diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero).

Come si è detto, l'*état d'urgence* è stato rinnovato più volte in Francia e, in conseguenza di tali concatenate estensioni, il Paese ha visto l'applicazione costante della legge del 1955 per quasi due anni. Il 1° novembre 2017, l'*état d'urgence* giunge

¹³⁸ *Loi n° 1501 du 20 novembre 2015; loi n° 162 du 19 février 2016; loi n° 629 du 20 mai 2016; loi n° 87 du 21 juillet 2016; loi n° 1767 du 19 décembre 2016; loi n° 1154 du 11 juillet 2017*. Sulla dichiarazione dell'*état d'urgence* e sui successivi rinnovi, O. PFERSMANN, *L'état d'urgence: la petite exception en dehors de la grand Constitution*, in *Democrazia e sicurezza*, 2016, 3 ss., che sottolinea anche la perenne tensione, nell'ambito delle democrazie mature, tra la necessità di garantire misure efficienti per la tutela della sicurezza dei cittadini e l'impossibilità di rinunciare ai diritti fondamentali, che le rendono "Stato di diritto".

¹³⁹ Con lettera del 24 novembre 2015, il Rappresentante permanente della Francia presso il Consiglio d'Europa informava il Segretario generale del Consiglio d'Europa della dichiarazione dell'*état d'urgence* e della necessità di derogare dalle garanzie previste *ex art. 5 CEDU*.

a termine. Tuttavia, lo stesso giorno entra in vigore la *loi* 1510-2017¹⁴⁰, la quale, se, da un lato, mette fine al regime di eccezionalità, dall'altro, replica nel diritto c.d. ordinario la gran parte delle misure applicabili nel corso dei due anni precedenti.

Si noti, vieppiù, che tale trasposizione delle misure d'urgenza nel diritto ordinario avviene dopo che – sotto la presidenza Hollande – era stato presentato un progetto di riforma costituzionale che avrebbe traslato in Costituzione (grazie all'introduzione dell'art. 36-2 Cost.) la disciplina dell'*état d'urgence* contenuta nella *loi* 55-355¹⁴¹. Il progetto di revisione costituzionale verrà ritirato nel marzo 2016, invero principalmente a causa dell'impossibilità, per i due rami dell'assemblea legislativa francese, di trovare un comune accordo circa un'altra modifica costituzionale che quel progetto proponeva di introdurre, ossia la revoca della cittadinanza per motivi di terrorismo¹⁴². Sotto questo profilo, il caso della proposta di riforma costituzionale francese potrebbe ben rappresentare un esempio di legislazione “disomogenea”. In altre parole, l'aver inserito nello stesso progetto di legge costituzionale due tematiche così differenti e che richiamano una diversa sensibilità nel popolo francese non è stata, probabilmente, la migliore opzione dal

¹⁴⁰ *Loi n° 510-2017 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, J.O.R.F. n° 0255 du 31 octobre 2017. Sulle disposizioni di questa legge mentre ancora in corso di approvazione da parte del Parlamento francese, sia consentito il rinvio a C. GRAZIANI, *La sicurezza nell'era Macron: la regola confermerà l'eccezione?*, in *DPCE online*, 2/2017, 805 ss.

¹⁴¹ Sul tema, v. G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 360 ss.; O. PFERSMANN, *Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité*, in *Cités*, 2/2016, 103 ss.; O. DUHAMEL, *Terrorism and Constitutional Amendment in France*, 12 *European Constitutional Law Review* 2016, 1.

¹⁴² Sulla *déchéance de nationalité* nel progetto di legge francese, v. V. GEISSER, *Déchoir de la nationalité des djihadistes “100 % made in France”: qui cherche-t-on à punir?*, in *Migrations Sociétés*, 5/2016, 3 ss. V. anche, in senso critico rispetto all'efficacia di questa misura, M. BARBERIS, *Idola securitatis. Una postilla a La violenza e il sacro*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2017, 1 ss. Si noti che la problematicità che ha portato al ritiro del progetto di riforma costituzionale consisteva nell'impossibilità di trovare un accordo circa i requisiti necessari per poter procedere alla privazione della cittadinanza. In particolare, si discuteva se tale misura potesse essere posta in essere solo nei confronti di coloro che avevano doppia cittadinanza, oppure nei confronti anche di persone aventi la sola cittadinanza francese. Nel secondo caso, il provvedimento di revoca può sfociare nell'apolidia del soggetto che vi è sottoposto. Non mancano, nel quadro comparato, casi in cui l'apolidia può effettivamente costituire la conseguenza della decisione di privare un individuo della cittadinanza. Si veda il caso britannico (*Immigration Act* 2014, c. 22), ma anche la recente legislazione italiana. Cfr. sul punto la nota 132.

punto di vista politico¹⁴³. Si ricordi che la disciplina di regimi eccezionali è presente in Costituzione dal 1958, mentre la questione della cittadinanza costituisce un tema molto sentito in Francia, la quale da sempre ha dovuto confrontarsi con individui appartenenti alle proprie ex colonie o ai territori d'oltremare che entravano a far parte del tessuto sociale francese.

L'esempio francese può essere considerato come un peculiare caso di "normalizzazione dell'emergenza". Se, da un punto di vista formale, si è posto termine nel 2017 alla fase emergenziale, contemporaneamente le relative misure hanno subito una vera e propria "traslazione" nell'ambito del diritto c.d. ordinario, ossia di quegli istituti giuridici che si applicano a prescindere dalla dichiarazione formale di uno stato di crisi. La Francia, pur avendo per un certo tempo agito in linea con quegli ordinamenti che tendono a rinnovare o estendere i meccanismi (*lato sensu*) emergenziali attivati – si è fatto cenno *supra* al rinnovo delle *sunset clauses* nei Paesi di *common law*¹⁴⁴ –, non si è limitata ad una serie indefinita di rinnovi. Né la Francia si è mossa secondo quel concetto di normalizzazione dell'emergenza che potrebbe essere definito "in senso ampio", ossia quegli ordinamenti che non hanno attivato alcun istituto di tipo emergenziale, ma hanno posto in essere limitazioni gravose – talvolta *contra constitutionem* – dei diritti utilizzando *direttamente* il diritto ordinario. La reazione francese si presenta come un modello ibrido fra questi due poli. La scelta di attivare una clausola emergenziale – pur se non costituzionale, ma di rango legislativo – è stata effettivamente presa; tuttavia, dopo un certo numero di rinnovi, le relative misure sono state fatte confluire nella normalità.

Di qui si evince che i tentativi di modellizzazione fin qui esaminati (*war on terror* vs. *criminal law approach*; emergenza vs. "normalità") danno come risultato dei paradigmi i cui confini sono difficilmente individuabili e tendono spesso a sovrapporsi.

Nel primo caso, si è visto come anche i Paesi che non hanno dichiaratamente adottato un approccio "bellico" sono di fatto collaboratori attivi delle misure poste in essere dagli Stati Uniti.

Nel secondo caso, l'ibrido francese dimostra come anche il confine tra ciò che è "emergenziale" e ciò che è "normale" sia decisamente mutevole nell'era del terrore

¹⁴³ Sulle tecniche di revisione costituzionale, v. l'ampio studio di R. ALBERT, *Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

¹⁴⁴ Su cui v. *infra* in questo lavoro, Cap. II, e, spec. con riguardo all'impatto di queste clausole sulla struttura costituzionale degli ordinamenti che vi fanno ricorso, A. KOUROUTAKIS, *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An Historical and Normative Analysis*, New York, Routledge, 2017.

e pur a Costituzione invariata¹⁴⁵.

Peraltro, la risposta francese – utilizzo dell'emergenza, plurimi rinnovi fino alla sua "traslazione" nel diritto ordinario – non è fenomeno del tutto isolato nel panorama comparato. Almeno un altro ordinamento, benché con caratteristiche patentemente diverse e non di certo comparabile, secondo i tradizionali canoni metodologici, con la Francia, ha seguito un simile percorso in tempi recenti. Il riferimento è alla Turchia, che, dopo la dichiarazione, il 20 luglio 2016, dello stato di emergenza *ex art.* 120 della propria Costituzione¹⁴⁶, a seguito del tentativo di colpo di stato contro il Governo del Presidente, Erdoğan¹⁴⁷, lo ha rinnovato più volte, fino a giungere a scadenza nel luglio 2018. In tale contesto, non si avrà un rinnovo, ma il Parlamento turco approverà una legge che porterà alla sostanziale normalizzazione delle misure emergenziali¹⁴⁸. Si tratta di un atto normativo che viene presentato come una legge antiterrorismo, alla luce della qualificazione come "terroristici" di vari movimenti che dissentono rispetto alla politica del Governo attualmente in carica e del suo Presidente. Si noti, peraltro, che ciò avviene a pochi mesi dalla riforma costituzionale turca del 2017, ampiamente rafforzativa dei poteri presidenziali¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Si pensi al progetto fallito francese.

¹⁴⁶ Su cui v. V.R. SCOTTI, *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione di modelli*, Rimini, Maggioli, 2014.

¹⁴⁷ Con relativa notifica, ai sensi dell'art. 15 CEDU, della deroga rispetto ad alcune disposizioni della Convenzione, che non vengono però specificate. La mancanza di chiarezza circa le garanzie rispetto alle quali si deroga rendono la comunicazione turca difforme da quelle presentate, in risposta al terrorismo internazionale, dal Regno Unito e dalla Francia. Sul fallito colpo di Stato turco, si veda V.R. SCOTTI, *'Vogliamo i colonnelli?': riflessioni preliminari sul fallito colpo di stato in Turchia e sull'evoluzione del ruolo dei militari nell'ordinamento costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016. Circa la mancanza di specificazione delle clausole della CEDU rispetto alle quali si esplica la deroga, sia consentito il rinvio a C. GRAZIANI, *La Corte EDU sulla libertà di espressione in Turchia: tra stato di emergenza ed effettività delle pronunce giurisdizionali*, in *DPCE online*, 3/2018, 783 ss., spec. 784-785.

¹⁴⁸ Pur ferma restando, come già chiarito, l'impossibilità metodologica di porre in comparazione la Turchia con le democrazie "mature" occidentali, si deve osservare che vi sono studi i quali tendono a rilevare un avvicinamento delle *policies* in materia antiterrorismo tra la Turchia e queste ultime. V. I. DEMIRSU, *Counter-Terrorism and the Prospects of Human Rights: Securitizing Differences and Dissent*, Cham, Palgrave-MacMillan, 2017. Si veda anche, con specifico riferimento ai reati di apologia del terrorismo, H. DUFFY, K. PITCHER, *Inciting Terrorism? Crimes of Expression and the Limits of the Law*, in B. GOOLD, L. LAZARUS (eds.), *Security and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2019.

¹⁴⁹ Sul punto, T. GROPPI, *Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritti e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017.

3. La separazione dei poteri “rivisitata” alla luce dell’evoluzione delle *counter-terrorism measures*

Le due ipotesi di classificazione enunciate nel paragrafo precedente hanno portato la presente trattazione a considerare anche alcune tendenze molto recenti in tema di contrasto al terrorismo, soprattutto quando ci si è concentrati sull’esame del contesto giuridico francese e del suo particolare modello di “normalizzazione dell’emergenza”.

Già nel richiamare le reazioni “emergenziali” di diversi Paesi, sia che esse siano state adottate anche dal punto di vista formale – con l’attivazione di clausole costituzionali o legislative *ad hoc* – sia che vi siano state misure *de facto* eccezionali, pur restando nel quadro formale dell’ordinarietà, si è notato il ruolo preponderante di organi legati al potere Esecutivo, non solo dal punto di vista dell’attuazione concreta, ma anche della predisposizione astratta di misure incisive su una vasta gamma di diritti¹⁵⁰.

La tendenza espansiva dell’Esecutivo si nota in una serie di ambiti. Dal punto di vista del rapporto con il Legislativo, sempre più marginalizzato, la stesura delle stesse disposizioni antiterrorismo avviene spesso per mano dell’Esecutivo, che non di rado procede, a seconda dell’ordinamento di riferimento, adottando atti ricadenti nella propria potestà normativa e sui quali il controllo parlamentare può variare¹⁵¹.

Inoltre, anche quando la normativa antiterrorismo viene formalmente “scritta” dall’assemblea legislativa, si utilizzano tecniche redazionali vaghe e generiche, che lasciano ai governi un margine di discrezionalità decisamente molto ampio.

¹⁵⁰ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Terrorismo internazionale e sfide alla democrazia*, in *Lo Stato*, 8/2017, 11 ss.

¹⁵¹ È il caso, nell’ordinamento italiano, dei decreti legge (su cui v., per tutti, C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962). Non sono pochi, in effetti, i provvedimenti antiterrorismo che originano da un atto avente forza di legge dell’Esecutivo. Pur essendo il decreto legge, nell’ordinamento italiano, un istituto il cui carattere originariamente emergenziale è stato sostanzialmente superato, essendo oramai invalsa la prassi di utilizzarlo per regolare una serie amplissima di questioni, esso è indicativo del ruolo chiave dell’Esecutivo nella gestione delle politiche antiterrorismo. Si pensi, recentemente, al citato d.l. 113/2018, che, nel riformare la disciplina della cittadinanza, affida ad una decisione del Ministro dell’interno la privazione di quest’ultima per coloro che siano stati condannati per terrorismo. Ancor più di recente, rileva il d.l. 21 settembre 2019, n. 105, conv. in l. 18 novembre 2019, n. 133, G.U. 21.09.2019, n. 222), che fonda il c.d. *golden power*, in materia di sicurezza nazionale, del Presidente del Consiglio. Trattasi del potere, in capo a quest’ultimo, di disporre la disattivazione temporanea di sistemi o apparati informatici, qualora questi rappresentino un fattore di rischio per la sicurezza nazionale.

In alternativa, soprattutto nei Paesi di *common law*, vengono utilizzati meccanismi quali la *sunset clause*, che può accordare ampi poteri all'Esecutivo, seppur temporaneamente¹⁵².

D'altra parte, occorre non dimenticare che gli Esecutivi di tutti gli ordinamenti democratici nel combattere il terrorismo internazionale dispongono, dal punto di vista operativo, della possibilità di far conto sull'attività dei servizi segreti¹⁵³. Tale strumento, di importanza cruciale rispetto alla lotta al terrorismo, non di rado apre la via a pericolosi abusi, sia perché ai servizi di *intelligence* vengono concessi poteri sempre più intrusivi, potenziati dai nuovi sviluppi tecnologici che permettono loro di fare uso di una strumentazione raffinata, sia in quanto la relativa attività e i materiali che ne emergono risultano spesso coperti da segreto di Stato, invocato strumentalmente¹⁵⁴ dall'Esecutivo per poter sottrarre ai controlli giurisdizionali le operazioni eseguite.

Alla luce di questo quadro emerge uno sbilanciamento nell'ambito della triade classica dei poteri dello Stato, a favore dell'Esecutivo, che tende a sottrarsi, da un lato, al controllo delle assemblee legislative, dall'altro a quello degli organi giurisdizionali¹⁵⁵.

¹⁵² Restando ferma, come si è già visto in più punti del presente lavoro e come si andrà ad approfondire nel prosieguo, la possibilità di rinnovo, anzi ormai consolidata nella prassi.

¹⁵³ Restando fermi sul contesto italiano, come noto questi sono regolati dalla l. 3 agosto 2007, n. 124, in G.U. 13-08-2007, n. 187, poi modificata dalla l. 7 agosto 2012, n. 133, in G.U. 10-08-2012, n. 186. La legge del 2007 costituisce una riforma integrale rispetto alla precedente normativa, rappresentata dalla l. 24 ottobre 1977, n. 801, in G.U. 7-11-1977, n. 303. Per un quadro completo su tutti i profili della riforma del 2007, si rinvia a C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, Giuffrè, Milano, 2008; G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁵⁴ V. *infra*, Cap. II del presente lavoro.

¹⁵⁵ Includendo tra di essi anche le corti supreme e costituzionali. Si pensi all'ordinamento italiano, nel quale la Corte costituzionale è l'unico "giudice" del segreto di Stato, in sede di eventuale conflitto di attribuzioni circa la sua apposizione e opposizione tra la magistratura e il Presidente del Consiglio dei ministri. Ebbene, la Consulta ha, in questo ambito, mostrato una giurisprudenza assai deferente, nel caso *Abu Omar* che sarà trattato nel Capitolo successivo. Conviene, tuttavia, anticipare sin d'ora un cenno relativo al ruolo prettamente "notarile" che la Corte costituzionale si è riservata nel giudicare una serie di conflitti di attribuzioni fra il Presidente del Consiglio e la Magistratura relativo all'opposizione del segreto di Stato nell'ambito di un procedimento penale che vedeva imputati alcuni agenti dei servizi segreti italiani e della CIA per la cooperazione in un'operazione di *extraordinary rendition* ai danni dell'imam egiziano Abu Omar. La Corte si è riservata un ruolo di mera verifica procedurale circa gli atti di apposizione e opposizione del sigillo di segretezza, concretandosi la sua decisione in un sostanziale rifiuto di giudicare nel merito. Si rinvia, a tal

Come e perché questo sbilanciamento venga attuato, sarà oggetto del successivo Capitolo di questo lavoro, che si occuperà di esaminare singoli casi e Paesi che presentano caratteristiche di interesse. Appare opportuno fin d'ora rilevare, alla luce della finalità di ricognizione di taluni *trends* in materia di antiterrorismo, come le tendenze sopra sinteticamente descritte stiamo incidendo in maniera importante sul concetto tradizionale di separazione dei poteri¹⁵⁶, base fondante del costituzionalismo moderno e contemporaneo. Seppure è opinione concorde¹⁵⁷ che

proposito, ad A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 394-403.

¹⁵⁶ Non si può, in questa sede, presentare una trattazione completa circa il concetto di separazione dei poteri, tuttavia si ritiene necessario ripercorrere brevemente le teorizzazioni e le posizioni dottrinali sul tema. Traendo le sue origini dall'idea aristotelica – invero già elaborata da Platone – di “governo misto”, e sviluppandosi successivamente nella distinzione bractoniana tra *gubernaculum* e *jurisdictio*, il concetto di separazione dei poteri in tempo moderno può essere fatto risalire alle teorie di Locke, il quale, però, non riscontrava un ruolo autonomo del giudiziario. V. J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, 1698, trad. it. a cura di R. Filmer, L. Pareyson, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1984. Diversamente, Montesquieu teorizzerà la possibilità di concepire il giudiziario come un potere separato e distinto, nell'ambito di una separazione tra poteri che è più “bilanciamento” che “gerarchia” (come invece sostenuto da Locke). C. DE MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, Paris, Firmin-Didot, 1851. Le teorie di Locke e Montesquieu vengono poi rielaborate agli albori della Costituzione statunitense del 1787. V., sul punto, J. MADISON, *The Federalist*, No. 47, 1788 303, secondo una concezione di equilibrio dinamico di poteri. Il ruolo “principe” del Legislativo si riscontra nell'elaborazione di Rousseau, che fonda una visione “democratica” della separazione dei poteri. V. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, 1762, 10ma ed. a cura di A. Burgio et al., Milano, Feltrinelli, 2017. V. anche, successivamente, B. CONSTANT, *Principi di politica*, 1815, a cura di U. Cerroni, Roma, Editori Riuniti, 2010. Secondo la filosofia hegeliana, lo Stato deve essere riportato ad un'entità unitaria, senza una categorica separazione dei poteri. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1820, a cura di E. Gans, Roma, Laterza, 1979. Per un approfondimento della separazione dei poteri da un punto di vista teorico e diacronico, v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in XXXIV *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, Giuffrè, 1985. Nel XX secolo, i principali studi in materia di separazione dei poteri si devono a Giovanni Bognetti. G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2^a ed., 2001. Secondo l'A., il momento saliente in cui la concezione di separazione – ma Bognetti ritiene più corretto parlare di divisione – cambia è con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico. In concomitanza con questo momento di transizione, infatti, si passa dalla centralità del potere Legislativo alla centralità del potere Esecutivo, in ragione della necessità, per lo Stato, di intervenire attivamente in diversi ambiti della vita umana.

¹⁵⁷ A partire da A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, London, McMillan, 1939. La prevalenza dell'Esecutivo in condizioni di crisi può essere rapportata a varie ragioni. In primo luogo, la tempistica, poiché per la gestione delle emergenze sono necessarie procedure snelle che spesso l'organo legislativo non può garantire. In secondo luogo, la spiegazione di tale ruolo di supremazia si basa sulla natura “tecnica” delle misure da adottare. In terzo luogo, il ruolo di difesa della sicurezza dei

l'Esecutivo, per sua stessa natura, rappresenti, nell'ambito dei poteri statali, il più adatto a fare fronte a situazioni di crisi e di pericolo, in tempi recenti si osserva una significativa torsione dei rapporti fra esso e gli altri poteri.

cittadini viene comunemente considerato come in capo all'Esecutivo. V. N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJÓ, S. BAER, *Comparative Constitutionalism*, St. Paul, Reuters, 2010, 318.

CAPITOLO II

LE MISURE DI CONTRASTO AL TERRORISMO INTERNAZIONALE: LE DINAMICHE DEI POTERI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Misure antiterrorismo tra Legislativo ed Esecutivo. – 2.1. Misure antiterrorismo ed emergenza. La dinamica Legislativo-Esecutivo nel caso britannico e in quello francese. – 2.2. Legislazione antiterrorismo e *drafting*: l'utilizzo delle *sunset clauses* e di tecniche equivalenti. – 2.2.1. I Paesi di *common law*. 2.2.2. *Sunset clause* e *civil law*? – 2.3. Legislazione antiterrorismo e *iter legis*: fra *civil law* e *common law*. – 2.3.1. La Francia e la *procedure accélérée*. 2.3.2. Il Regno Unito e la *fast-track procedure*. – 2.3.3. L'uso degli atti aventi forza di legge e della potestà normativa dell'Esecutivo nell'ordinamento italiano. – 3. Misure antiterrorismo tra Esecutivo e Giudiziario. – 3.1. L'uso strumentale del segreto di Stato e il *self-restraint* delle corti: il segreto come *political question*? – 3.2. L'utilizzo di prove segrete e la “amministrativizzazione” dei procedimenti in materia di terrorismo.

1. Introduzione

Il presente Capitolo si propone di prendere in esame, da una prospettiva comparata, l'impatto delle misure antiterrorismo sul concreto atteggiarsi dei rapporti fra poteri dello Stato e, dunque, sulla forma di governo¹ nonché, più in generale, sulla struttura

¹ Per una trattazione istituzionale, G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, il Mulino, 2006. V., anche, C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, a cui va attribuita la caratterizzazione del legame tra forme di Stato e forme di governo. Sulla stessa linea di pensiero, e con una chiave di lettura che postula il concetto di forma di governo come includente non solo gli organi costituzionali, ma anche i criteri di disciplina dello Stato-comunità, vedasi G. DE VERGOTTINI, *Régimes politiques*, in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité International de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, 113 ss. Nell'ambito della dottrina italiana, si occupato è del tema della correlazione tra terrorismo e forma di governo P. CARNEVALE, *Emergenza bellica, antiterrorismo e forma di governo: qualche considerazione sulla disattuazione dell'art. 78 della Costituzione*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, 99 ss. Il focus di questo Capitolo vuole essere, tuttavia, di più

istituzionale, in ultima analisi influenzando gli equilibri fra i poteri stessi. La trattazione porterà alla dimostrazione di uno sbilanciamento a favore dell'Esecutivo secondo schemi che presentano elementi in comune, a prescindere dal contesto istituzionale e anche dalla famiglia giuridica di appartenenza dei singoli ordinamenti oggetto di studio.

Si è scelto di considerare taluni contesti selezionati ritenuti sintomatici di approcci specificamente dimostrativi della tesi appena anticipata. Nei paragrafi che seguiranno, laddove possibile, si compara un Paese di *civil law* e un Paese di *common law*, mettendo in luce alcuni tratti comuni che prescindono dalle pur relevantissime differenze di sistema² dovute alla diversa famiglia giuridica di appartenenza.

Allo scopo di far emergere più chiaramente la prevalenza del potere Esecutivo sia sul Legislativo sia sul Giudiziario, si è deciso di prendere in considerazione separatamente due dinamiche: prima verranno trattati i rapporti tra Legislativo ed Esecutivo, afferenti alle dinamiche della forma di governo in senso stretto, poi le relazioni tra Esecutivo e Giudiziario.

L'esame della dinamica Esecutivo-Giudiziario sarà funzionale ad introdurre il discorso che si presenterà nel Capitolo III della presente trattazione, dedicato all'impatto delle misure antiterrorismo su aspetti propri della forma di Stato. Infatti, si ritiene che il Giudiziario possa essere definito come il necessario *trait d'union* tra forma di governo e forma di Stato. Da un lato, esso, pur non rientrando certamente fra i poteri politicamente sensibili che rilevano ai fini dello studio della forma di governo, funziona pur sempre come "contropotere"³, caratterizzato per la sua indipendenza, atto a frenare eventuali "straripamenti" degli altri due poteri dello Stato, e in particolare dell'Esecutivo. Dall'altro lato, tuttavia, è innegabile il suo ruolo di garanzia dei diritti dell'individuo, tematica rientrante nell'ambito della forma di Stato, che riguarda il rapporto tra autorità e libertà⁴.

ampio respiro, tentando di rilevare come e se, a livello comparato, si possa parlare di un livellamento delle forme di governo e di un nuovo concetto di separazione dei poteri.

² Per un'approfondita analisi dei caratteri fondanti di *civil law* e *common law*, G.F. FERRARI, «Civil law» e «common law»: aspetti pubblicistici, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2019, 775 ss.

³ Cfr. A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998; E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario – saggio di riforma costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999. Si veda, in senso critico alla tradizione montesquieiana che non prevede un ruolo autonomo del giudiziario, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 2004, 1 ss., spec. 6.

⁴ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le forme di stato e le forme di governo, le costituzioni moderne*, Milano, Giuffrè, 1970; M. VOLPI, *Libertà*

2. Misure antiterrorismo tra Legislativo ed Esecutivo

Dal punto di vista del rapporto fra Legislativo ed Esecutivo, è opportuno esaminare due ordini di situazioni.

In primo luogo, si vuole prendere in considerazione la dinamica fra i due poteri nel momento in cui l'assetto istituzionale dello Stato è *formalmente* modificato dalla dichiarazione, secondo le rispettive normative di ciascun contesto giuridico esaminato, di un qualche stato di eccezionalità⁵.

In secondo luogo, si intende riflettere sul se e come una marginalizzazione del Legislativo in favore del potere Esecutivo si possa notare anche quando nessuna condizione emergenziale è stata formalmente dichiarata⁶.

Dalla prima prospettiva, i Paesi oggetto di studio sono frutto di una scelta "obbligata": si è già visto che Francia e Regno Unito sono gli unici Stati, nel panorama europeo, ad aver reagito alla minaccia terroristica con l'instaurazione dell'emergenza (seppure facendo ricorso a previsioni di rango legislativo primario e non costituzionale).

Dal secondo punto di vista, le possibilità di scelta sono più ampie. Si è deciso, anche in questo contesto, di suddividere ulteriormente l'analisi.

In prima battuta, si prenderà in considerazione il rapporto fra Esecutivo e Legislativo quando, per l'approvazione di misure antiterrorismo, viene utilizzata la legge ordinaria. In questo contesto, si studieranno alcune tecniche di *drafting* o peculiarità procedurali dell'*iter legis*. Si vedrà l'utilizzo della *sunset clause*, tipico della *common law* ma sul quale si possono fare alcune riflessioni circa un'eventuale trasposizione nei contesti di *civil law*. Di seguito, si esaminerà l'impiego di

e autorità. *La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁵ Seppur temporaneo e regolato. Cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, 1909, ora in *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, che distingue la deroga rispetto al normale assetto istituzionale in caso di colpo di Stato da quella in caso di emergenza. Nel secondo caso, si rileva il carattere della temporaneità; nel primo, i fautori del colpo di Stato tendono alla stabilità del "nuovo ordine".

⁶ Hanno già riflettuto su queste tematiche, fra gli altri, F. DE LONDRAS, *Controlling the Executive in Times of Terrorism: Competing Perspective on Effective Oversight Mechanisms*, 30 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010, 19 ss.; D. BARAK-EREZ, *Terrorism Law between the Executive and Legislative Models*, in 57 *American Journal of Comparative Law*, 2009, 877; D. BONNER, *Checking the Executive? Detention Without Trial, Control Orders, Due Process and Human Rights*, in 12 *European Public Law*, 1/2006, 45 ss. Per un'analisi dettagliata dei ruoli dell'Esecutivo e dei suoi possibili sconfinamenti, anche al di fuori dei temi correlati alla sicurezza nazionale, si vedano i molti e interessanti contributi pubblicati in P. CRAIG, A. TOMKINS (eds.), *The Executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

procedure di adozione della legge molto snelle e volte a ridimensionare il ruolo del dibattito parlamentare.

In seconda battuta, si accennerà a quei casi in cui il Parlamento è marginalizzato – talvolta in maniera rilevante e con alti potenziali di rischio – in quanto l'Esecutivo interviene usando la propria potestà normativa (si ha, quindi, una fonte *diversa* dalla legge formale), con un controllo più o meno incisivo dell'assemblea legislativa. Sul punto, si è scelto di tenere in considerazione il contesto italiano, esaminando l'uso degli atti aventi forza di legge e dei regolamenti dell'Esecutivo nell'ambito delle misure antiterrorismo.

2.1. Misure antiterrorismo ed emergenza. La dinamica Legislativo-Esecutivo nel caso britannico e in quello francese

Si è osservato nel Capitolo precedente⁷ come sia l'ordinamento britannico sia quello francese siano giunti, attraverso varie dinamiche, all'attivazione di disposizioni, presenti nel diritto nazionale, volte a regolare stati di eccezione. È allora necessario vedere come si siano atteggiate nel concreto queste misure, al fine di dare una valutazione circa lo “sbilanciamento” nei confronti dell'Esecutivo di cui esse sono state foriere.

Partendo dal contesto britannico, la deroga rispetto ad alcuni diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo, CEDU o Convenzione) e dallo *Human Rights Act* 1998 vengono attuate misure in cui il ruolo dell'Esecutivo è assai pronunciato. La funzione del Parlamento, in questo contesto, è meramente “di facciata”. In altre parole, esso ha fatto poco più che offrire all'Esecutivo uno “scudo formale”, quello della legge, dal quale trarre la legittimazione per le proprie azioni. Infatti, l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* 2001 (nel prosieguo ATCSA) si caratterizza per l'utilizzo di clausole molto vaghe, che lasciano al Governo e all'apparato amministrativo un'amplissima discrezionalità⁸.

Ciò è visibile nel meccanismo di *certification* di stranieri sospettati di costituire un pericolo per la pubblica sicurezza⁹. La Parte IV (poi abrogata ad opera del *Prevention of Terrorism Act* 2005) dell'ATCSA permette la custodia cautelare sostanzialmente illimitata di soggetti non aventi cittadinanza britannica e sospettati di terrorismo. La sez. 23 della legge in esame, in effetti, si limita ad affermare che «[a] suspected international terrorist may be detained» su decisione dell'Home

⁷ V. Cap. I del presente lavoro.

⁸ Sui risvolti “sostanziali” del *drafting* c.d. formale, A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano, Giuffrè, 2001, 71.

⁹ V. H. FENWICK, *The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September?*, in 65 *Modern Law Review*, 2002, 724 ss., spec. 737.

Secretary, eventualmente soggetta ad un controllo, solo successivo, di carattere semi-giurisdizionale¹⁰.

Due notazioni meritano considerazione. In primo luogo, preme rilevare che all'Home Secretary viene lasciato un vero e proprio *blank cheque* circa la decisione di adottare questa decisione nei confronti dello straniero. Tale risultato è possibile grazie al carattere vago e impreciso della clausola legislativa attributiva del potere¹¹.

In secondo luogo, l'esclusione dell'organo giurisdizionale, che non interviene ad autorizzare queste misure, va di pari passo con il ruolo marginale dell'assemblea rappresentativa, che si limita a porre disposizioni generiche e poco incisive.

Da una prospettiva più generale, poi, pur essendo stato il controverso meccanismo in esame abrogato, a seguito di decisione della House of Lords che ha attuato una forte *moral suasion* sul Legislatore britannico¹², lo sbilanciamento a favore dell'Esecutivo reso possibile da un *drafting* legislativo vago ha continuato costantemente a caratterizzare la legislazione antiterrorismo britannica, anche dopo la cessazione della deroga ai sensi dell'art. 15 CEDU¹³. Un esempio recente può essere rinvenuto nell'attuale legislazione che dispone la privazione della cittadinanza in tutti quei casi in cui l'Home Secretary ritiene la misura «conducive to the public good»¹⁴. Si tratta di una clausola «vuota», che l'Esecutivo può riempire a proprio piacimento¹⁵ e che è stata usata, nella prassi, per la privazione di cittadinanza di

¹⁰ L'organo che esercita questo controllo è la SIAC (Special Immigration Appeal Commission), che ha una composizione non del tutto giurisdizionale e in parte dipendente dall'Esecutivo. Su questo organo, M. JIMENO-BULNES, *After September 11th: The Fight Against Terrorism in National and European Law. Substantive and Procedural Rules: Some Examples*, 10 *European Law Journal*, 2004, 235 ss., spec. 242.

¹¹ Come correttamente rilevato da H. FENWICK, *op. cit.*, vi è anche, per alcuni passaggi della procedura di privazione della libertà personale, una vera e propria carenza di disposizioni.

¹² Si tratta della sentenza, già richiamata in altre parti del presente lavoro, *A. and other v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56. Le censure rispetto alle quali la House of Lords ha dichiarato la non conformità dell'ATCSA alla Convenzione – e, quindi, allo *Human Rights Act* – sono totalmente diverse dall'eccesso di discrezionalità dell'Esecutivo. Cfr., sul tema, il Cap. I del presente lavoro.

¹³ Avvenuta nel 2004.

¹⁴ *Immigration Act 2014*. Si veda, sul punto, C. WALKER, *Citizenship deprivation and cosmopolitanism* (forthcoming); J. KERR, *Deprivation of citizenship, the Immigration Act 2014 and discrimination against naturalized citizens*, 32 *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2018, 103 ss.

¹⁵ Un parallelismo può essere evidenziato con la recente legislazione italiana che disciplina la privazione della cittadinanza per soggetti condannati per reati terroristici. Qui, il Ministro dell'Interno ha, a fronte di una condanna per questo reato, discrezionalità di disporre la privazione della cittadinanza. D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. l. 1 dicembre 2018, n. 132.

individui nei cui confronti sussistevano elementi indiziari di terrorismo non sufficientemente forti da poter procedere sul piano penale¹⁶.

Spostando l'attenzione sull'ordinamento francese, dopo la proclamazione dell'*état d'urgence* nel novembre 2015, durato peraltro circa due anni¹⁷. L'*état d'urgence*, che è regolato dalla *loi* 1955-385¹⁸, vede la prevalenza dell'Esecutivo fin dal momento della dichiarazione. L'art. 2 della legge dispone che lo stato d'urgenza sia dichiarato dal Consiglio dei ministri con proprio decreto e che una legge formale intervenga solo ai fini della sua eventuale proroga¹⁹. Durante lo stato d'urgenza, tutte le misure per fare fronte alle circostanze emergenziali sono prese dal Governo, mentre l'Assemblée Nationale e il Sénat sono destinatari di un obbligo di informazione ai fini dell'esplicazione di un'attività di controllo.

Nel quadro di tali misure, un potere rilevante viene assegnato ai prefetti, che possono disporre, di propria iniziativa, la privazione o limitazione della libertà personale. Nell'ambito delle dichiarazioni d'urgenza attuate per far fronte alla minaccia terroristica internazionale, questo potere è stato ampiamente utilizzato. Rileva, nello specifico, il regime delle *zones de protection ou de sécurité* (nel prosieguo ZPS)²⁰. La distinzione tra *zones de protection* e *zones de sécurité* non è mai stata del tutto chiarita. In entrambi i casi, si tratta di misure di polizia amministrativa che permettono di limitare l'entrata o l'uscita di determinate persone da un certo ambito territoriale delimitato dal prefetto. Con la prima dichiarazione di *état d'urgence* vengono istituite almeno cinquanta ZPS.

Nel 2017, la disciplina delle ZPS, contenuta all'art. 5, co. 2 della *loi* 1955-385, viene sottoposta al Conseil Constitutionnel perché si pronunci sulla sua costituzionalità²¹. Quest'ultimo dichiara l'incostituzionalità della norma, fondando la propria decisione proprio sull'eccessiva discrezionalità dell'Esecutivo nell'intervenire sulla libertà di movimento delle persone, che deve essere considerata una componente della libertà personale²², in assenza di una legge che ne disciplinasse in maniera compiuta i dettagli.

¹⁶ Si veda, fra i più recenti, il caso di Shamima Begum, "sposa dell'ISIS" privata della nazionalità britannica. Per un'analisi, W.T. WORSTER, *European Union Citizenship and the Unlawful Denial of Member State Nationality*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3459635, 8-10-2019.

¹⁷ V. Cap. I e Cap. III del presente lavoro.

¹⁸ *Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*.

¹⁹ In particolare, dopo dodici giorni dalla dichiarazione dello stato d'urgenza da parte del Governo, o esso viene prorogato dalle Camere oppure cessa di avere qualsiasi tipo di effetto.

²⁰ Previste, originariamente, dall'art. 5, co. 2, della *loi* 1955-385.

²¹ Viene sollevata una *question prioritaire de constitutionnalité* dal Consiglio di Stato, che era stato adito dal tribunale amministrativo di Lille.

²² La giurisprudenza costituzionale francese collega la c.d. *liberté d'aller et venir* agli artt. 2 e 4 della Dichiarazione del 1789. V. *décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003*.

La dichiarazione di incostituzionalità non ha risolto pienamente il problema della discrezionalità delle autorità amministrative francesi nella predisposizione di misure limitative delle libertà fondamentali, che è addirittura aggravato da quando, cessato l'*état d'urgence*, molte sue misure sono state trasposte nell'ambito del diritto ordinario ad opera della *loi* 2017-510²³.

Si deve notare come, sia nell'ordinamento inglese sia in quello francese, anche la cessazione del quadro emergenziale formale non abbia portato a vere e proprie modifiche dello sbilanciamento di poteri instauratosi in costanza dello stesso. Pertanto, l'attivazione della clausola emergenziale in tempi di terrorismo internazionale ha lasciato, in entrambi gli ordinamenti, una "traccia", che le successive leggi, pur approvate in momenti di formale ordinarietà, hanno faticato a cancellare compiutamente.

2.2. Legislazione antiterrorismo e *drafting*: l'utilizzo delle *sunset clauses* e di tecniche equivalenti

Si passa ora alla casistica che riguarda il rapporto fra Parlamento ed Esecutivo in tempi formalmente "ordinari", ossia in un contesto in cui nessun meccanismo emergenziale è attivato. Si esaminano, in primo luogo, misure antiterrorismo approvate con lo strumento della legge ordinaria, nella quale vengono però inserite delle clausole peculiari che possono essere studiate sia dal punto di vista del *drafting* legislativo sia da quello dei rapporti fra i due poteri.

Una specifica tecnica di *drafting* utilizzata di frequente nell'ambito della legislazione antiterrorismo è la *sunset clause*. Si tratta di una clausola, posta solitamente a chiusura di un atto legislativo, che definisce un termine dopo il quale la legge in questione cessa di avere efficacia²⁴.

La *sunset clause* è un istituto che nasce negli Stati Uniti, nel periodo del *New Deal*, originariamente con funzione di controllo da parte del Congresso sull'attività dell'Esecutivo²⁵, obiettivo che verrà poi distorto fino a portare, paradossalmente, al risultato contrario.

²³ Ne sono esempi i c.d. *périmètres de protection*. Su questa misura, sia consentito di rinviare a C. GRAZIANI, *La sicurezza nell'era Macron: la regola confermerà l'eccezione?*, in *DPCE online*, 2/2017, 805 ss.

²⁴ Si tratta, in sostanza, di una clausola autoabrogativa della legge. Per una definizione, si vedano, *ex multis*, A. KOUROUTAKIS, *The Constitutional Value of Sunset Clauses. An Historical and Normative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2017; N. MCGARRITY, R. GULATI, G. WILLIAMS, *Sunset Clauses in Australian Anti-Terror Laws*, in 33 *Adelaide Law Review*, 2012, 307 ss.

²⁵ Le *sunset clauses* avevano il ruolo di abrogare, dopo un dato tempo, le leggi che disciplinavano Agenzie Federali e/o programmi da loro attuati. V., per una ricognizione storica sulle *sunset clauses* e la loro origine, M. CAPPELLETTI, *Ragionando (ancora)*

Oltre ad un ordine espresso di autoabrogazione della legge (in cui sono inserite), spesso le *sunset clauses* prevedono che, alla loro scadenza, l'assemblea legislativa possa decidere se rinnovare la normativa in questione, di regola dopo un'operazione di *review*, attuata da una commissione parlamentare o da un organo indipendente²⁶.

La *sunset clause*, in altre parole, rende significativa l'inerzia legislativa. Normalmente, una legge continua a produrre i propri effetti a meno che non intervenga l'abrogazione, nelle sue varie forme²⁷, da parte di un successivo atto dotato dalla stessa forza. Nel caso in cui la *sunset clause* sia operativa, la legge cessa di avere efficacia, salvo un atto di rinnovo da parte dell'assemblea legislativa²⁸.

Da un altro punto di vista, la *sunset clause* è assimilabile ad una clausola emergenziale, visto che definisce la temporaneità di una certa legge²⁹. Questo aspetto si palesa nell'utilizzo di tali disposizioni in materia antiterroristica.

Il ricorso alla *sunset clause* nell'ambito della legislazione antiterrorismo è un fenomeno che ha interessato i principali Paesi di *common law* dopo l'11 settembre. Basti pensare ad Australia, Canada, Nuova Zelanda, Stati Uniti e Regno Unito. L'analisi è finalizzata a rilevare se e fino a che punto, in questi ordinamenti, la *sunset clause* ha funzionato effettivamente da strumento di garanzia, quale era stata pensata, oppure se gli Esecutivi abbiano comunque trovato una via per la marginalizzazione dell'assemblea rappresentativa, volgendo l'impiego della clausola a proprio favore.

sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione "flessibile", in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 1/2016. V. anche C. MOONEY, *A Short History of Sunset*, in *Legal Affairs*, 2004, consultabile all'indirizzo http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-2004/story_mooney_janfeb04.msp.

²⁶ Vi sono state critiche in dottrina secondo cui ciò porterebbe ad un'accelerazione del dibattito parlamentare in sede di prima approvazione della legge, con la finalità di rimandarla a quando sarà necessario discutere dell'eventuale rinnovo. In tal senso, C. MOONEY, *op. cit.*

²⁷ O fenomeni di abrogazione implicita o tacita, su cui v. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, CEDAM, 2019, 41 ss.

²⁸ Come osserva D. BARAK-EREZ, *Terrorism Law Between the Executive and Legislative Models*, in 57 *The American Journal of Comparative Law*, 877, spec. 893. L'A. nota anche che, come emergerà anche nella successiva analisi proposta in questo lavoro, talvolta tale schema è aggirato, demandando la *sunset clause* la facoltà di rinnovo ad un atto dell'Esecutivo.

²⁹ Sulla temporaneità come elemento tipico dell'emergenza, si veda il Cap. I, le relative riflessioni e la dottrina ivi citata. In riferimento allo stesso tema, ma in contesti di *common law*, si noti che la International Commission of Jurists ha espresso la necessità che qualsiasi restrizione di diritti fondamentali in funzione di lotta al terrorismo internazionale abbia carattere temporaneo. International Commission of Jurists' Eminent Jurists Panel on Terrorism, *CounterTerrorism and Human Rights*, 'Assessing Damage, Urging Action', 2009, consultabile all'indirizzo <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Report-on-Terrorism-Counter-terrorism-and-Human-Rights-Eminent-Jurists-Panel-on-Terrorism-series-2009.pdf>.

È necessario puntualizzare che la ricostruzione che segue non prende in esame tutte le leggi antiterrorismo degli ordinamenti giuridici oggetto di interesse che contengono una *sunset clause*. Si è scelto, piuttosto, di considerare alcuni esempi chiave, funzionali a riflessioni critiche che verranno esposte a conclusione del presente paragrafo, anche relativamente ad un eventuale utilizzo della stessa tecnica in contesti di *civil law*.

2.2.1. I Paesi di *common law*

In Australia, la dottrina ha osservato, fin dall'adozione delle prime leggi antiterrorismo, un insufficiente coinvolgimento del Parlamento; anzi, una vera e propria marginalizzazione dello stesso³⁰.

Le leggi in cui, invece, si è deciso di introdurre una *sunset clause* sono state ritenute, da taluni studiosi che si sono occupati del tema³¹, oggetto di un maggiore e più penetrante controllo da parte dell'assemblea legislativa. In particolare, l'*Australian Security Intelligence Organization Amendment Act 2003* (nel prosieguo, *ASIO Amendment Act 2003*) viene portato ad esempio di legislazione di iniziativa governativa, ma sottoposta da un lungo ed accurato dibattito parlamentare, nell'ambito del quale le commissioni incaricate dell'esame della proposta hanno discusso la necessità di introdurre una *sunset clause* in chiave migliorativa del testo normativo.

Tale clausola è poi in effetti stata inserita con riferimento ad uno degli aspetti più controversi introdotti dalla normativa in esame. Si tratta del c.d. *Special Powers Regime*, in conseguenza del quale ai servizi di *intelligence* venivano affidati significativi poteri che possono essere definiti "di polizia". I servizi segreti possono, in base a questa normativa, sottoporre ad interrogatorio e a limitazione della libertà personale addirittura soggetti non sospettati di terrorismo o di reati correlati, nella misura in cui ciò sia necessario al fine di raccogliere informazioni utili per il processo di *intelligence*³². Una prima *sunset clause* limitava l'efficacia di queste norme fino

³⁰ In questo senso, A. LYNCH, *Legislating Anti-Terrorism: Observations on Form and Process*, in V.V. RAMRAJ, M. HOR, K. ROACH, G. WILLIAMS (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. L'A. osserva come le leggi antiterrorismo australiane, salvo alcune eccezioni, siano spesso state oggetto di dichiarazioni di urgenza che ne hanno abbreviato l'iter parlamentare. V. anche A. LYNCH, *Legislating with Urgency: The Enactment of the Anti-Terrorism Act [No 1] 2005 Cth*, in 30 *Melbourne University Law Review*, 2006, 747 ss. Cfr. *infra* nel presente Capitolo.

³¹ N. MCGARRITY, R. GULATI, G. WILLIAMS, *op. cit.*, 313.

³² Si veda, a commento, G. CARNE, *Detaining Questions or Compromising Constitutionality: The ASIO Legislation Amendment (Terrorism) Act 2003 (CTH)*, in 27 *University of South Wales Law Journal*, 2004, 524 ss.

al 23 luglio 2006. Successivi rinnovi³³ hanno poi fatto sì che questa normativa sia ancora applicabile al giorno d'oggi. La *sunset clause* di questa legge è costruita in maniera tale che il rinnovo avvenga per opera dell'assemblea parlamentare, dopo un procedimento di *review* da parte di apposita commissione³⁴, la quale acquisisce il parere di un rilevante numero di esperti in materia di antiterrorismo provenienti dal mondo sia accademico sia pratico.

In Canada, uno dei più importanti esempi di uso della *sunset clause* riguarda l'*Anti-Terrorism Act* 2001. Si tratta di una legge che inserisce una serie di nuovi reati in materia di terrorismo e pone una problematica definizione dello stesso³⁵. Inoltre, ha l'effetto di dotare le autorità pubbliche di nuovi e intrusivi poteri. Tra i più contestabili, da una prospettiva di diritto costituzionale³⁶, vi sono le *investigative hearings* e le *recognizance with conditions*. Le prime consistono in ordini, che possono essere emessi da qualsiasi autorità di *law enforcement* – nella prassi si tratta, frequentemente, di agenti di polizia –, nei confronti di qualsiasi individuo si ritenga possa fornire informazioni utili, a presentarsi presso un giudice e rispondere a domande di qualsiasi tipo nel corso di un interrogatorio. Le seconde sono ordinanze

³³ Fino al 22 luglio 2016; fino al 7 settembre 2018; fino al 7 settembre 2019. È in corso di discussione in Parlamento l'*Australian Security Intelligence Organisation Amendment (Sunsetting of Special Powers Relating to Terrorism Offences) Bill*, finalizzato ad estendere ulteriormente l'applicazione dei poteri speciali delle agenzie di *intelligence* fino al 7 settembre 2020.

³⁴ Si tratta, nello specifico, del *Parliamentary Joint Committee on Intelligence and Security*. Per l'ultimo report di questa commissione, v. *Parliamentary Joint Committee on Intelligence and Security, ASIO's questioning and detention powers Review of the operation, effectiveness and implications of Division 3 of Part III of the Australian Security Intelligence Organisation Act 1979*, March 2018, consultabile all'indirizzo <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2018/05/apo-nid171421-1156731.pdf>.

³⁵ Per un approfondimento sull'*Anti-Terrorism Act* canadese, si rinvia ad A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *National Security and Counter-Terrorism in Canada: Past, Present and Future*, in G.F. FERRARI, (ed.), *The Canadian Constitution in Global Context*, special issue di *DPCE Online*, 1/2019, 749 ss., spec. 754-757. Uno degli aspetti più problematici di questa legislazione riguarda la c.d. *motive clause*. Punendo come "terroristiche" alcune attività guidate da motivi politici, religiosi o ideologici, la legge rischia di classificare alla stregua di terrorismo anche il legittimo dissenso. Per una riflessione generale sugli aspetti critici della legge in questione, E.P. MENDES, *Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution*, in E.P. MENDES et al. (eds.), *Between Crimes and War: Terrorism, Democracy and the Constitution*, Toronto, Carswell, 2002, 250. Tra la dottrina italiana, si veda sullo stesso aspetto T. GROPPI, *Dopo l'11 settembre: la "via canadese" per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 573 ss.

³⁶ Anche se, quando si è trovata a doversi pronunciare su di esse, la Corte suprema canadese si è rifiutata di dichiararne l'incostituzionalità. *Re Section 83.28 of the Criminal Code*, 2004 SCC 42. F. IACOBUCCI, *Canada's Responses to Terrorism*, in 15 *Review of Constitutional Studies*, 2011, 187 ss., spec. 193.

provenienti da una corte nei confronti di qualsiasi sospettato di terrorismo, limitative della libertà personale dell'individuo stesso. Ad esempio, può essere chiesto che una persona indossi un braccialetto elettronico oppure che si rechi con cadenza predefinita presso designate autorità a fini di riconoscimento.

Le disposizioni dell'*Anti-Terrorism Act* 2001 che prevedono *investigative hearings* e *recognizance with conditions* sono state sottoposte a *sunset provision* con scadenza nel marzo 2007. Diversamente da altri casi, qui non si assiste ad un'estensione istantanea della *sunset clause*. Pur avendo il Governo presentato, poco prima della scadenza, una proposta per il rinnovo, questa non viene approvata dall'assemblea legislativa. Si ha, però, un rinnovo "successivo" della *sunset provision*. Nel 2013, viene approvato dal Parlamento canadese il *Combating Terrorism Act*³⁷. Quest'ultimo, oltre a introdurre una serie di nuovi reati correlati al terrorismo – fra di essi, si può annoverare la criminalizzazione dei viaggi con finalità terroristiche – dispone la reviviscenza esattamente di quelle disposizioni che, cinque anni prima, erano giunte a scadenza a causa del mancato rinnovo della *sunset clause* contenuta nell'*Anti-Terrorism Act*. Il rinnovo (che si caratterizza come "improprio", per le ragioni che si vedranno *infra*) vale per i successivi cinque anni, ossia fino al 25 ottobre 2018. Peraltro, in questo caso la *sunset clause* prevede che ulteriori rinnovi non potranno in ogni modo eccedere i cinque anni. Tuttavia, nel 2019, con l'approvazione del *National Security Act*, non si procede all'estensione della *sunset clause*. Perciò, le disposizioni che disciplinavano *investigative hearings* e *recognizance with conditions* risultano, allo stato, abrogate, salva nuova volontà parlamentare di reintrodurle.

La Nuova Zelanda è pervenuta all'utilizzo delle *sunset clauses* nella legislazione antiterrorismo in un momento più recente, rispetto agli altri Paesi di *common law*. Se in un primo momento non si registra l'uso di queste clausole – con ampie critiche, sul punto, da parte della dottrina³⁸ –, nel 2014 il Parlamento approva il *Countering*

³⁷ *Combating Terrorism Act* SC 2013, c. 9. Su questa legge, si veda A.Y. ZELIN, J. PROHOV, *How Western Non-EU States Are Responding to Foreign Fighters*, in A. DE GUTTRY, F. CAPONE, C. PAULUSSEN, *Foreign Fighters Under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, 423 ss., spec. 432. È interessante notare che questi AA. definiscono il *Combating Terrorism Act* 2013 come «a reprisal of legislation that had passed after 11 September, but was not renewed after it expired in 2007». Il termine *reprisal* sta ad indicare, letteralmente, «the regaining of something (as by recapture)» (Merriam-Webster Dictionary). Sembrerebbe che si tratti di un rinnovo "al limite", quasi coincidente con una nuova volontà parlamentare di adottare le misure in oggetto.

³⁸ A. CONTE, *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2010. Invero, la precedente legislazione antiterrorismo neozelandese aveva previsto delle c.d. *review clauses*, ossia disposizioni che, dopo un certo lasso di tempo, rendono obbligatorio un riesame del funzionamento in concreto della normativa da parte di una commissione parlamentare o di un apposito comitato di esperti.

Terrorist Fighters Legislation Bill (CTFL). Si tratta di una c.d. legislazione *omnibus*, ossia un atto che apporta modifiche ad un numero rilevante ed eterogeneo di materie che incidono sulla gestione della sicurezza nazionale³⁹. La legge in questione viene adottata a seguito della Risoluzione 2178/2014 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che rappresenta uno dei più importanti strumenti normativi per il contrasto del fenomeno dei *foreign fighters*. Per adottare il CTFL, si fa ricorso ad una specifica procedura d'urgenza che il diritto parlamentare neozelandese prevede per accorciare le tempistiche di discussione assembleare⁴⁰. Nell'ambito di tale contrazione dei tempi, viene discussa la necessità di introdurre una *sunset clause*. La dottrina⁴¹ rileva come, nel – pur rapido – dibattito parlamentare, si era inizialmente pensato ad una durata inferiore dell'efficacia della legge. Tuttavia, la commissione parlamentare incaricata dell'esame del progetto inserisce un emendamento che porta la “scadenza” di alcune disposizioni⁴² della legislazione in questione al 1° aprile 2017. Alla *sunset clause* si accompagna una *review clause*, la quale stabilisce la necessità di una «comprehensive review», che abbia luogo prima del 1° giugno 2015, non solo della legge in esame, ma di tutta la legislazione antiterrorismo. La *sunset provision* è poi stata estesa al 1° aprile 2018 e, successivamente, prolungata di ulteriori due anni.

Volgendo lo sguardo al panorama statunitense, il più famoso caso di *sunset clause* riguarda alcune disposizioni del *Patriot Act*⁴³. Nello specifico, il riferimento è alla

³⁹ Più in dettaglio, la legge incide sui servizi di *intelligence*, sulla gestione dell'immigrazione, sulle misure di sorveglianza. Per un'analisi approfondita dei contenuti, v. K.B. GUILFORD, *Countering Foreign Terrorist Fighters: Warrantless Surveillance Powers of the New Zealand Security Intelligence Service*, in 47 *Victoria University of Wellington Law Review*, 2016, 95 ss.

⁴⁰ Il progetto di legge è stato presentato in Parlamento il 25 novembre 2014; ha ricevuto il *royal assent* l'11 dicembre 2014, con entrata in vigore il giorno successivo. Dal punto di vista procedurale, il Governo neozelandese può presentare, nel momento in cui presenta un progetto di legge in Parlamento, la c.d. *urgency motion*. Se approvata, essa ha due conseguenze. Da un lato, non vengono applicati i c.d. *stand-down periods*, ossia periodi di tempo che devono passare fra le diverse letture parlamentari. Dall'altro lato, si evita il passaggio in *selected committee*, qualora la *urgency motion* venga richiesta per tutte le fasi dell'*iter*. V., sulla procedura d'urgenza, C. GEIRINGER, P. HIGBEE, E.M. MCLEAY, *What's the Hurry? Urgency in the New Zealand Legislative Process 1987-2010*, Wellington, Victoria University Press, 2011.

⁴¹ J. IP, *The Making of New Zealand's Foreign Fighter Legislation: Timely Response or Undue Haste?*, in 27 *Public Law Review*, 181 ss., spec. 187.

⁴² Si tratta di alcune disposizioni che prevedono la sorveglianza, in casi di urgenza, fino a 24 ore senza il previo ottenimento di un *warrant* (c.d. *emergency warrantless surveillance*), nonché il potere dei servizi segreti di porre sotto sorveglianza, anche audiovisiva, soggetti privati nell'ambito di luoghi privati.

⁴³ V. anche Cap. I, per alcune riflessioni sul *Patriot Act* e i suoi contenuti nonché dottrina ivi citata.

sez. 215 di quest'ultimo. La c.d. *business record provision* nasce per permettere il sequestro, da parte del Federal Bureau of Investigation (FBI), di «tangible things» (ad esempio libri, documenti, scritti), su ordine di un giudice speciale⁴⁴, qualora l'FBI stia conducendo indagini finalizzate al contrasto del terrorismo internazionale o a scongiurare «clandestine intelligence activities». L'indagine non deve coinvolgere cittadini statunitensi. Attraverso un'interpretazione estensiva, la sez. 215 è stata utilizzata pure per consentire la raccolta e analisi di metadati, richiesti alle compagnie telefoniche e ai *providers* di connettività Internet.

La sez. 215 era soggetta ad una *sunset clause* che, originariamente, individuava il termine per la cessazione della sua efficacia nel febbraio 2005. Vari sono stati i rinnovi, di durata variabile. I primi rinnovi estendevano la sez. 215 per non più di un anno (a volte, addirittura pochi mesi). Alcune delle successive estensioni, diversamente, riguardavano un periodo più ampio (fino a 3 anni, dal 2006 al 2009). L'ultimo rinnovo è venuto a scadenza il 1° giugno 2015. Tuttavia, il Congresso ha approvato, in coincidenza con la scadenza, una legge sostanzialmente identica⁴⁵, anch'essa soggetta ad una *sunset clause* con scadenza 15 dicembre 2019.

Il Regno Unito presenta alcune particolarità in riferimento all'utilizzo delle *sunset clauses* nell'ambito del contrasto al terrorismo internazionale. Nei casi esaminati in precedenza – Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti – si è visto che l'eventuale rinnovo delle disposizioni sottoposte a *sunset provision* è costantemente affidato ad una fonte di grado almeno pari a quella con la quale la misura era stata originariamente approvata. Alcune leggi antiterrorismo britanniche contengono *sunset clauses* che abilitano al rinnovo anche una fonte inferiore alla legge dal punto di vista gerarchico-formale. È il caso, ad esempio, del *Prevention of Terrorism Act 2005*⁴⁶. Questa legge prevede la facoltà in capo all'Home Secretary di provvedere, con proprio *order*, al rinnovo delle disposizioni sottoposte a *sunset clause*. Si osserva una sorta di “delegificazione” dell'atto di rinnovo, che pone problemi palesi con

⁴⁴ Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC). Si tratta di una corte, con competenza federale, formata da undici giudici, che restano in carica per sette anni e sono nominati dal Chief Justice della Corte Suprema.

⁴⁵ USA Freedom Act, Pub. L. No. 114-23, 129 Stat. 268 (2015). Tuttavia, la dottrina ha notato come il Freedom Act paia porsi in maniera più restrittiva, giacché tende a restringere le condizioni alle quali i poteri equivalenti a quelli *ex* sez. 215 del Patriot Act possono essere applicati ai metadati. V. R. CHESNEY, *Three FISA Authorities Sunset in December: Here's What You Need to Know*, in *Lawfare*, 16 January 2019, consultabile in <https://www.lawfareblog.com/three-fisa-authorities-sunset-december-heres-what-you-need-know>.

⁴⁶ Prevention of Terrorism Act 2005 c. 2. È una legge che viene approvata in risposta alla sentenza della House of Lords *A. and others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, che aveva dichiarato la contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) della parte IV dell'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*.

riferimento al rapporto tra poteri e alla marginalizzazione dell'organo rappresentativo⁴⁷. È vero, tuttavia, che il sistema britannico prevede due tipi di garanzie. Da un lato, l'*order* dell'Home Secretary può essere emanato solo dopo che quest'ultimo si sia consultato con l'Independent Reviewer of Terrorism Legislation. Si ritiene, però, che si tratti di garanzia quasi del tutto apparente, alla luce del rapporto che lega l'Independent Reviewer all'Home Secretary. Il primo, infatti, viene nominato dal secondo⁴⁸. Dall'altro lato, lo schema di *order* che l'Home Secretary adotterà deve essere sottoposto ad entrambi i rami del Parlamento, che devono approvarlo con due rispettive risoluzioni. Si tende a ritenere che questo passaggio costituisca una garanzia del rinnovo imparziale delle disposizioni su cui insiste la *sunset clause*. Tuttavia, come notato dai comitati parlamentari stessi, tale procedura si risolve, solitamente, in una mera formalità, essendo rarissima la mancata approvazione del *draft order*⁴⁹.

2.2.2. *Sunset clause e civil law?*

Vari possono essere gli argomenti a favore e contro l'utilizzo della *sunset clause*, tenendo presente il quadro sopra presentato. Se, da una parte, tale meccanismo permette – almeno in teoria – di evitare una “normalizzazione *de jure*” dell'emergenza, dall'altro lato si deve osservare come, da un punto di vista pratico, essa porta spesso proprio a tale situazione.

L'osservazione dell'esperienza concreta mostra come il rinnovo della *sunset clause* diventi, nella maggioranza dei casi, una mera formalità, non accompagnata da dibattito approfondito in sede di assemblea legislativa. Quest'ultima cristallizza, liquidando il relativo rinnovo alla stregua di un mero adempimento tecnico, l'applicazione di misure formalmente presentate come temporanee alla luce del loro carattere (*lato sensu*) emergenziale e limitativo dei basici diritti dell'individuo.

Ancor più problematico appare lo scenario in cui il rinnovo non è neanche formalmente lasciato ad un atto parlamentare, ma chiama l'intervento diretto dell'Esecutivo, come si è visto con l'esempio britannico. In questi casi, l'Esecutivo interviene (quasi) autonomamente in materie che, in circostanze ordinarie, dovrebbero essere escluse dalla sua potestà⁵⁰.

⁴⁷ Cfr., su questo tema, N. MCGARRITY, R. GULATI, G. WILLIAMS, *op. cit.*, 329.

⁴⁸ Si tratta di nomina che avviene di concerto con lo Scacchiere e la nomina segue una procedura di carattere pubblicistico.

⁴⁹ In questo senso, Joint Committee on Human Rights, *Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Sixteenth Report): Annual Renewal of Control Orders Legislation 2010*, House of Lords Paper No 64, House of Commons Paper No 395, Session 2009-10 (2010) 7.

⁵⁰ Nel contesto britannico, dove non esiste un vero e proprio concetto di “riserva di legge”, tale problema è più sfumato. Invece, in un quadro costituzionale quale quello italiano, dove

Queste considerazioni fanno della *sunset clause* un istituto problematico, non solo quanto agli effetti che esso può dispiegare negli ordinamenti nei quali ne viene fatto utilizzo, ma anche con riguardo all'eventuale trasposizione in contesti diversi da quelli di *common law*, nei quali ha origine.

Nei Paesi di *civil law* esistono forme di temporaneità della legislazione o addirittura tecniche in qualche modo equiparabili alla *sunset clause*. Addirittura, alcuni Paesi hanno recepito l'istituto stesso. È il caso, per esempio, della Germania⁵¹.

Nell'ordinamento tedesco, la *sunset clause* è stata utilizzata nell'ambito della legislazione antiterrorismo a livello federale⁵². In questo caso, si trattava di una normativa *integralmente* provvisoria, la quale, però, è stata rinnovata in modo identico pochi giorni prima della sua scadenza. La *sunset clause* viene utilizzata in Germania anche a livello statale, in maniera più sistematica in confronto al livello federale e su aspetti ulteriori rispetto alla sicurezza nazionale⁵³.

Nell'ordinamento italiano, pur non esistendo un uso sistematico delle *sunset rules*, non mancano meccanismi che mirano a rendere temporanee determinate misure adottate per via legislativa. Essi sono stati impiegati anche nell'ambito della legislazione antiterrorismo. Si pensi, ad esempio, all'art. 132 del d.lgs. 106/2003 (c.d. Codice della *privacy*). Tale disposizione regola la conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico, nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta. Si tratta dei c.d. metadati⁵⁴. Il d.l. 7/2015⁵⁵, uno dei più importanti provvedimenti

le riserve di legge assolute insistono su una serie di materie – si pensi alle limitazioni della libertà personale – la tematica sarebbe assai più rilevante.

⁵¹ A. KOUROTAKIS, S. RANCHORDÁS, *Snoozing Democracy: Sunset Clauses, De-Juridification, and Emergencies*, in 25 *Minnesota Journal of International Law*, 2016, 29 ss.; S. VEIT, B. JANTZ, *Sunset legislation: theoretical reflections and international experiences*, in A. ALEMANNO et al. (eds.), *Better regulation in a risk society*, New York, Springer, 2013, 267.

⁵² *Gesetz zur des Internationalen Terrorismus*, 2002, BGBlI, 361, no. 3. Diversamente, in Olanda, sebbene si fosse discusso della possibilità di introdurre una *sunset clause* in alcune leggi preposte a tutelare la sicurezza nazionale, l'idea è stata rigettata, alla luce dell'impossibilità di considerare il terrorismo alla stregua di una minaccia di carattere temporaneo.

⁵³ S. RANCHORDÁS, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2014.

⁵⁴ Sono dati che non includono in alcun modo il contenuto delle comunicazioni, ma danno dettagli su informazioni relative alle comunicazioni stesse: la durata di una chiamata, la frequenza delle chiamate verso un certo destinatario, l'indirizzo IP utilizzato per navigare su Internet, il traffico e-mail, i siti visitati ecc.

⁵⁵ D.l. 18 febbraio 2015, n. 7, G.U. del 19.2.2015, conv. con modificazioni in l. 17 aprile 2015, n. 43, G.U. del 20.04.2015, n. 91. M.A. AMOROSI, *Terrorismo, diritto alla sicurezza e diritti di libertà: una riflessione intorno al decreto legge n. 7 del 2015*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 27 ss.; G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempi di ordinario terrorismo*, in *Federalismi.it*, 10/2015, 28.

legislativi degli ultimi dieci anni in materia di antiterrorismo, aveva modificato l'originaria versione di questo articolo, allungando il periodo di conservazione, per finalità di indagine⁵⁶, fino al 31 dicembre 2016. In sede di conversione, la conservazione viene poi estesa fino al 30 giugno 2017 e questa serie di operazioni può, da un certo punto di vista, essere assimilata all'operatività di una *sunset clause*. Nel caso italiano, non solo la disciplina "peggiorativa" (nel senso che prevede un più ampio periodo di conservazione) viene estesa già dal Parlamento quando converte in legge il decreto, ma, addirittura, porterà poi il Parlamento stesso ad approvare successive modificazioni ancor più limitative. Con la l. 167/2017⁵⁷, il tempo di conservazione in caso di indagini per reati con finalità di terrorismo viene infatti portato a sei anni.

Tuttavia, queste forme di "temporaneità" di alcune disposizioni normative non possono essere assimilate in tutto e per tutto alla *sunset clause*. Non si tratta di clausole propriamente "di auto-abrogazione", ma sono meglio definibili come disposizioni "a termine".

Pertanto, non si prevede, come invece spesso accade negli ordinamenti di *common law*, il rinnovo condizionato ad un procedimento di *review* da parte di un organo – parlamentare o meno – sull'operatività della misura oggetto di *sunset clause*.

Inoltre, si potrebbe argomentare che, nel caso italiano, il rischio di "traslare" sull'Esecutivo la decisione circa l'estensione della disciplina è più sfumato. Vero è che, nel caso in cui la normativa arrivi a scadenza, l'eventuale riproduzione di una misura identica è rinviata ad una nuova volontà approvativa, che ben potrebbe essere rimessa all'iniziativa sostanziale, se non anche formale, del Governo. Tuttavia, essa deve necessariamente passare attraverso l'*iter* parlamentare (qualora si tratti di un'iniziativa legislativa) o, almeno, subire il controllo, preventivo o successivo, da parte delle Camere (nel caso il Governo adotti un atto avente forza di legge).

2.3. Legislazione antiterrorismo e *iter legis*: fra *civil law* e *common law*

Nel prendere in esame le modalità con le quali, nell'ambito dell'approvazione di una legge, si può verificare uno sbilanciamento tra Esecutivo e Legislativo oppure una marginalizzazione di quest'ultimo, si devono considerare i casi in cui l'*iter* di approvazione di una legge in assemblea viene accelerato, oppure ne vengono

⁵⁶ Su cui v. *amplius* Cap. III.

⁵⁷ L. 20 novembre 2017, n. 167, G.U. n. 277 del 27.11.2017, art. 24. Su questa legge e sulle novità apportate in materia di *data retention*, si veda S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 Codice privacy da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11/2018, 153 ss.; L. SCUDIERO, "Data retention" a sei anni. La Corte di giustizia dell'UE la boccerebbe come ha fatto con l'accordo Europa Canada sui PNR ["Passenger Name Records" - codice di prenotazione], in *La rivista di diritto dei media*, 1/2017, 3 ss.

comprese o eliminate talune fasi, in maniera tale da limitare la discussione parlamentare.

Differentemente dalla *sunset clause*, che, come si è visto, è un istituto utilizzato prevalentemente in contesti di *common law*, l'utilizzo di procedure accelerate è una tendenza osservabile tanto nei Paesi di *common law* quanto in quelli di *civil law*. In questa sede si ritiene opportuno esaminare due casistiche esemplificative dell'uno e dell'altro sistema. Da un lato, si guarderà alla Francia e alla procedura di approvazione della Loi 2015-912⁵⁸. Dall'altro, si considererà un atto legislativo britannico quasi coevo, il *Counter-Terrorism and Security Act 2015*⁵⁹, e la sua procedura di approvazione.

Prima di procedere con l'esame di questi atti legislativi e delle peculiarità dei loro procedimenti di adozione in seno alle rispettive assemblee legislative, è bene richiamare, a grandi linee, il funzionamento delle procedure legislative in entrambi i Paesi di interesse. I paragrafi che seguono sono costruiti simmetricamente, con una prima parte esplicativa delle procedure in questione e una seconda parte di dettaglio su come esse vengono utilizzate nell'ambito delle leggi antiterrorismo.

2.3.1. La Francia e la *procedure accélérée*

Prendendo in considerazione la Francia, il procedimento legislativo è regolato in larga parte dalla Costituzione⁶⁰, oltre che dai regolamenti parlamentari, e si compone di tre fasi: il deposito di una proposta di legge⁶¹, l'esame parlamentare e la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, dopo l'eventuale pronuncia del Conseil constitutionnel⁶² circa la sua conformità alla Costituzione. Il testo

⁵⁸ *Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, J.O.R.F. n° 0171 du 26 juillet 2015, 12735. Per un approfondimento sui contenuti di questa legge, si veda Cap. III.

⁵⁹ *Counter-Terrorism and Security Act 2015*, c. 6. Su di esso si veda, per tutti, il contributo di J. BLACKBOURN, C. WALKER, *Interdiction and Indoctrination: The Counter-Terrorism and Security Act 2015*, in 79 *Modern Law Review*, 2016, 840 ss.

⁶⁰ Cost. Fr. 1958, Titolo V. Si prende qui in considerazione il procedimento per l'approvazione delle leggi ordinarie, lasciando fuori quelli per le leggi costituzionali e per le leggi organiche.

⁶¹ Quando quest'ultimo è di iniziativa governativa, esso è depositato previo parere del Consiglio di Stato. V. art. 39 Cost. Fr. 1958. Sul tema, P.G. LUCIFREDI, P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema francese*, Milano, Giuffrè, 2004, 83 ss.

⁶² Per i casi in cui la pronuncia del Conseil Constitutionnel in via preventiva è obbligatoria e quelli in cui essa avviene solo su richiesta di determinati soggetti, si veda l'art. 61 della Costituzione francese.

depositato deve essere esaminato da entrambi i rami del Parlamento, affinché si arrivi a votare un testo identico (*navette*)⁶³.

La *navette* può essere interrotta dal Governo dopo due letture, ossia dopo che sia l'Assemblée Nationale sia il Sénat hanno esaminato il testo due volte ciascuno. Qualora si scelga di interrompere la *navette*, il Primo ministro chiede la convocazione di una Commissione paritetica (nel prosieguo CMP, acronimo di Commission mixte paritaire). La CMP è incaricata di redigere un testo di compromesso degli articoli rispetto ai quali i due rami del Parlamento non sono riusciti a raggiungere un accordo. In caso di mancato raggiungimento di un compromesso anche dopo l'esperimento di tale procedura, il Governo può demandare il testo ad entrambe le assemblee per un'ulteriore lettura, chiedendo poi, in ultima istanza, all'Assemblea Nazionale di deliberare in via definitiva⁶⁴.

Quanto alle tempistiche, la Costituzione prescrive che tra il deposito di un progetto di legge e la sua discussione in assemblea non devono passare meno di sei settimane. Tra la trasmissione del testo alla seconda assemblea e la discussione nell'ambito di quest'ultima non devono passare meno di quattro settimane.

Oltre a questo *iter*, che potrebbe essere definito "ordinario", la Costituzione francese prevede anche la *procédure accélérée*⁶⁵. La procedura accelerata può essere utilizzata, come dice laconicamente l'art. 45 della Costituzione francese, in casi di "urgenza". I regolamenti dei due rami del Parlamento non contribuiscono a colorare di significato questo sostantivo⁶⁶.

La decisione di utilizzare la procedura accelerata spetta al Governo, ma la Conferenza dei presidenti di entrambi i rami del parlamento può opporsi. Qualora si oppongano entrambe le Conferenze dei presidenti, non è possibile utilizzare la procedura accelerata.

L'impiego di questo *iter* ha due principali effetti. Da un lato, contrae la *navette*. Dall'altro, abbrevia i tempi. Quanto al primo aspetto, il Primo ministro può richiedere la convocazione della CMP dopo una sola lettura da parte di ciascuna camera, invece che dopo due letture. Con riguardo alla tempistica, invece, viene meno l'applicabilità dei termini dilatori di sei e quattro settimane.

Lungi dall'essere utilizzata nei soli casi di "urgenza" previsti – ma non tipizzati – dalla Costituzione, la *procédure accélérée* è stata definita come «la règle dans

⁶³ Di norma, l'esame avviene prima in commissione e poi, a seguito di iscrizione all'ordine del giorno, nel corso di una seduta pubblica dell'aula.

⁶⁴ Elemento di bicameralismo imperfetto. V. sulla procedura legislativa, P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009, 268 ss.

⁶⁵ Art. 45, Cost. Fr. 1958.

⁶⁶ Nello specifico, si occupano della procedura accelerata l'art. 24-bis del Regolamento del Senato francese e l'art. 102 del Regolamento dell'Assemblea nazionale.

l'organisation des débats parlementaires»⁶⁷. Pertanto, non appare peculiare il fatto che, in una circostanza quale la lotta al terrorismo internazionale, se ne faccia largo utilizzo. Tuttavia, le ripercussioni della marginalizzazione del dibattito parlamentare in questo delicato settore, più che in altri, devono essere prese in considerazione.

Nel caso della Loi 2015-912, che prevede un'ampia riforma dei servizi di sicurezza, la presentazione del progetto di legge è avvenuta il 19 marzo 2015; il testo definitivo è stato adottato il 24 luglio dello stesso anno. Nel frattempo, sul progetto di legge è stata richiesta la pronuncia in via preventiva del Conseil Constitutionnel⁶⁸, che ha ritenuto legittima la quasi totalità degli aspetti dello stesso, con l'eccezione di alcune disposizioni relative ai poteri del Primo ministro⁶⁹. Nella relazione di accompagnamento al progetto di legge, non si trova alcun riferimento alle motivazioni che hanno indotto il Governo all'utilizzo della *procedure accélérée*⁷⁰. La debolezza dell'utilizzo di questo procedimento legislativo nel caso di specie si rinviene anche nel fatto che la legge in questione non si limita a porre misure puntuali e urgenti per reagire ad una situazione di fatto. Al contrario, essa dispone una riforma organica dei servizi di *intelligence*, destinata ad avere carattere permanente fino ad eventuale modifica.

Nel caso francese, la vaghezza delle disposizioni, tanto quelle costituzionali quanto quelle presenti nei regolamenti assembleari, ha aperto la strada all'uso di una procedura, specificamente pensata per situazioni "eccezionali", anche in casi che non presentano una vistosa urgenza. Se, da un lato, appare urgente contrastare la minaccia terroristica internazionale, dall'altro una riforma così articolata dell'*intelligence* non può essere sottoposta alle stesse condizioni emergenziali e necessiterebbe di una più elaborata discussione parlamentare.

Si rileva che il fatto di legiferare congiuntamente su riforme strutturali e su aspetti riguardanti misure di contrasto al terrorismo internazionale non rappresenta pratica

⁶⁷ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une V^e République plus démocratique*, Paris, Fayard, 2007.

⁶⁸ Conseil Constitutionnel, déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015. K. ROUDIER, *Le Conseil Constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire*, in *Les Nouveaux Cadeaux du Conseil Constitutionnel*, 2/2016, 37 ss.

⁶⁹ Più nello specifico, le disposizioni stralciate permettevano ai servizi di *intelligence* di fare uso di tecniche di sorveglianza assai intrusive con la sola autorizzazione del Primo Ministro, a prescindere da qualsiasi coinvolgimento di un'autorità amministrativa indipendente. V. *amplius* Cap. III.

⁷⁰ Per di più, non era ancora neanche stato attivato l'*état d'urgence*, cosa che avverrà per la prima volta dopo gli attentati di Parigi del novembre 2015. È da notare, ad ogni modo, che il progetto viene presentato poco dopo gli attentati del gennaio 2015, che, pur non avendo dato vita alla proclamazione di uno stato di urgenza, potrebbero essere considerati come giustificazione implicita dell'urgenza. V. C. JOURNÈS, *Chronique de police et de sécurité*, in *Revue de science criminelle et droit penal comparé*, 4/2015, 961 ss.

di buona legislazione e può portare a conseguenze di più ampia portata. Si tratta di un esempio di come la violazione di norme di *drafting*, apparentemente vizio di carattere procedurale, possa avere ripercussioni rilevanti e sul bilanciamento tra poteri dello Stato, nonché, in ultima analisi, anche sui diritti fondamentali dei cittadini⁷¹.

2.3.2. Il Regno Unito e la *fast-track procedure*

Spostandosi sul versante britannico, pare opportuno presentare sinteticamente il funzionamento delle procedure legislative nell'ambito del Parlamento britannico⁷².

In ciascuna Camera, il procedimento legislativo si articola in tre letture. A titolo esemplificativo, si pensi ad un progetto di legge (*bill*) presentato prima alla House of Lords. La prima lettura è una mera formalità, durante la quale viene letto il titolo del progetto di legge ed esso viene stampato.

La prima occasione, per i membri della Camera alta, di discutere il progetto si ha durante la seconda lettura, nella quale si discutono i principi chiave e le finalità del progetto di legge.

Esaurita la seconda lettura, inizia il c.d. *committee stage*, nel quale una commissione ristretta prende in esame nel dettaglio il testo e apporta eventuali emendamenti. Non vi sono regole fisse circa la durata di queste fasi, ma la prassi mostra che il *committee stage* dura solitamente un massimo di otto giorni e ha inizio circa due settimane dopo la seconda lettura.

Dopo quattordici giorni dal *committee stage*, si passa al *report stage*, che si svolge in aula. In questa fase, si ha una lettura dettagliata del testo con gli emendamenti apportati, se del caso, in commissione. Tutti i membri della House of Lords possono votare su qualsiasi emendamento.

Si va poi alla terza lettura, che costituisce l'ultima occasione a disposizione dei Lords per apportare emendamenti al progetto⁷³.

⁷¹ Sul rapporto fra *drafting* normativo e diritti fondamentali, P. COSTANZO, *Tecniche normative e tutela dei diritti fondamentali*, in A. RUGGERI, L. D'ANDREA, A. SAITTA, G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007, 15 ss. In parallelo, per una riflessione sugli stessi aspetti, ma in chiave di sicurezza e con riferimento all'ordinamento italiano, vedasi ID., *I decreti-legge in materia di sicurezza e il decreto legge sull'Election-Day*, in R. ZACCARIA, *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative*, Roma, Camera dei Deputati, 2008, 123 ss.

⁷² Per approfondimenti sulle procedure parlamentari britanniche, v. P. EVANS (ed.), *Essays on the History of Parliamentary Procedure: In Honour of Thomas Erskine May*, Oxford, Hart Publishing, 2017. V., inoltre, G. CARVALE, *Il bicameralismo britannico nel duemila*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2000, 545 ss.

⁷³ Operazione non possibile alla House of Commons durante la terza lettura, v. *infra*.

Dopo la terza lettura, il progetto passa all'altra Camera (nell'esempio di specie, la House of Commons). Anch'essa procede con il sistema delle tre letture, la seconda e la terza intervallate dal *committee stage* e dal *report stage*. Il *committee stage* nella House of Commons si caratterizza per la possibilità, che si concretizza invero molto raramente, che la commissione sia formata dal *plenum* dell'aula.

Dopo il *report stage*, si ha la terza lettura, nel cui ambito la House of Commons, diversamente dalla House of Lords, non può più apportare emendamenti. L'aula può solo approvare o rigettare il testo in terza lettura.

Successivamente, il progetto di legge torna alla Camera che lo ha per prima approvato, affinché consideri gli emendamenti apportati dall'altra Camera⁷⁴. Le due Camere devono poi approvare un identico testo perché la procedura possa considerarsi esaurita.

Dopo l'approvazione da parte delle due articolazioni del Parlamento, il progetto di legge deve ricevere il *royal assent*⁷⁵.

Nell'ambito del diritto parlamentare inglese, la c.d. *fast-track procedure* si caratterizza per non eliminare nessuna delle fasi dell'*iter legis* ora descritto. Al contrario, la *fast-track procedure* ha semplicemente lo scopo di ridurre i tempi. Pur non esistendo tempistiche fisse per l'approvazione di una legge da parte del Parlamento britannico, il sistema delle tre letture fa sì che siano necessarie diverse settimane per l'approvazione in ciascuna Camera⁷⁶. Con l'utilizzo della *fast-track procedure*, una legge può essere approvata anche nel lasso temporale di un solo giorno.

Qualora il Governo ritenga di utilizzare la *fast-track procedure*, deve comunicarlo ad entrambe le Camere. Nell'ambito della House of Commons, il Governo ha il controllo dei tempi, essendo sufficiente che utilizzi la c.d. ghigliottina (*allocation of time order*), che, se votata dalla maggioranza, determina il tempo necessario per l'esame del progetto di legge.

Alla House of Lords, il Governo non dispone di una maggioranza ed è più difficile utilizzare la procedura accelerata. A tal fine, si utilizza spesso la *No. 2 bill procedure*. In sostanza, due progetti di legge identici vengono presentati allo stesso tempo, uno ai Lords e uno ai Comuni. Mentre la House of Commons procede con la *fast track procedure*, la House of Lords lavora con i tempi ordinari. Tuttavia, dopo la seconda lettura dei Lords, il progetto presentato presso tale ramo viene ritirato. Nel frattempo,

⁷⁴ C.d. *ping pong*, equivalente della *navette*. Si veda, per approfondimenti, E. CREWE, P. EVANS, *The Significance of Rituals in Parliament*, in C. LEISTON-BANDEIRA, L. THOMPSON (eds.), *Exploring Parliament*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 46.

⁷⁵ Trattasi della c.d. sanzione regia, con la quale la Regina dà il proprio formale consenso affinché il *bill* diventi un *act of Parliament*.

⁷⁶ UK Cabinet Office, *Guide to Making Legislation*, July 2017.

i Comuni avranno finito di deliberare sulla “propria” versione del progetto, che sarà a quel punto presentata ai Lords.

La procedura descritta, pur non “tagliando” alcuna fase parlamentare, permette, grazie al contingentamento serrato dei tempi, la monopolizzazione, da parte del Governo, del contenuto della legge. Infatti, è altamente improbabile che, con una calendarizzazione così ristretta, le Camere riescano a procedere ad uno scrutinio approfondito della proposta.

A fronte di queste problematiche, il Constitution Committee della House of Lords ha argomentato che sui c.d. *fast-tracked bills* dovrebbe essere perlomeno assicurato un più approfondito scrutinio *ex post*. Si è suggerito, ad esempio, l'utilizzo della *sunset clause*, abbinata ad una *review clause*, in questo tipo di leggi⁷⁷. Tuttavia, se si considera quanto detto *supra* sulle *sunset clauses*, che raramente, specie nell'ordinamento britannico, assolvono effettivamente alla funzione di garantire un più attento controllo successivo, a causa della loro configurazione “distorta” da parte degli Esecutivi, è chiaro come questa soluzione sarebbe poco funzionale a raggiungere l'obiettivo per cui è pensata.

Il *Counter-Terrorism and Security Act 2015* è un esempio di legge antiterrorismo c.d. *omnibus* – alla luce dei variegati ambiti di azione che essa copre – che è stata approvata applicando la *fast-track procedure* nella House of Commons.

In effetti, ai Comuni è stato chiesto, in sede di approvazione, di non attenersi alle normali scansioni temporali – intendendosi per tali le tempistiche “medie”, anche se non obbligatorie per legge – tra le varie fasi⁷⁸.

La *House of Lords*, invece, non ha ristretto i tempi di approvazione e ha anzi sollevato critiche circa quanto accaduto nella House of Commons. In particolare, si è rilevato lo squilibrio tra il tempo impiegato dal Governo per la preparazione del progetto di legge e il tempo concesso al Parlamento per il relativo esame⁷⁹.

Pur non essendo questa la sede per procedere ad un esame dettagliato del contenuto del *Counter-Terrorism and Security Act 2015*⁸⁰, non si può fare a meno di sottolineare che esso incide su aree numerose ed eterogenee del diritto antiterrorismo

⁷⁷ House of Lords, Constitution Committee, *Fast-track Legislation: Constitutional Implications and Safeguards*, 17 June 2009, HL Paper 116-I. Il documento in questione presenta, come *case-studies* dell'utilizzo di *fast-track procedures*, varie leggi antiterrorismo.

⁷⁸ Si parla, in questo caso, di *semi-fast tracked legislation*. Si veda D. ALATI, *Domestic Counter-Terrorism in a Global World: Post-9/11 Institutional Structures and Cultures in Canada and the United Kingdom*, London-New York, Routledge, 2018.

⁷⁹ House of Lords, Constitution Committee, *Eight Report on the Counter-Terrorism and Security Bill*, 12 January 2015.

⁸⁰ Si rinvia a J. BLACKBOURN, C. WALKER, *op. cit.*; v. anche H. FENWICK, *Responding to the ISIS Threat: Extending Coercive Non-Trial Based Measures in the Counter-Terrorism and Security Act 2015*, in 30 *International Review of Law, Computer and Technology*, 2016, 174 ss.

britannico. Solo per indicare, in maniera assai sintetica, alcune delle materie su cui esso interviene: misure di gestione dell'immigrazione potenzialmente pericolosa e di allontanamento di cittadini britannici sospettati⁸¹; *data retention*⁸²; misure di prevenzione della radicalizzazione⁸³. Un ventaglio così ampio di tematiche, prese in considerazione dallo stesso atto legislativo, postula, in primo luogo, la necessità di un dibattito parlamentare approfondito. In secondo luogo, è altamente improbabile che i provvedimenti necessari in *tutte* le materie oggetto della legislazione abbiano la stessa urgenza. Pertanto, ponendo la richiesta di *fast-track procedure* sulla legge *in toto*, non si permette una differenziazione del giudizio di urgenza relativamente alle diverse materie.

In questo paragrafo e in quello precedente si sono visti due casi, quello britannico e quello francese, in cui le procedure accelerate funzionano in maniera molto diversa. Nell'ordinamento francese, si è esaminato come il contingentamento investe non solo la tempistica, ma anche il susseguirsi delle letture. Nel contesto britannico, sono solo i tempi ad essere ristretti. Tuttavia, ciò non implica una minore "pericolosità" dell'utilizzo della procedura legislativa abbreviata, poiché la Camera costretta a procedere a tutte le fasi dell'*iter* legislativo nel corso di una sola giornata non può dirsi meno marginalizzata della Camera che deve "saltare" alcune fasi della procedura legislativa che si svolge in seno ad essa.

Sebbene presi in esame come *case-studies*, la Francia e il Regno Unito non sono le uniche democrazie che dispongono, nella propria prassi parlamentare, di procedure legislative "d'urgenza". Si pensi, ad esempio, alla Costituzione italiana, la quale, all'art. 72, co. 2, permette che ciascuna Camera stabilisca, nel proprio regolamento, procedimenti abbreviati «per i disegni di legge dei quali è dichiarata l'urgenza»⁸⁴. Questa tipologia di *iter* rientra, di per sé, nella fisiologia dell'ordinamento e presenta svariati profili di utilità, se posta in essere nel rispetto

⁸¹ Nello specifico, vengono regolamentati il ritiro dei passaporti e i *temporary exclusion orders*. Questi ultimi consistono in decreti dell'Home Secretary che fanno divieto ad uno specifico individuo di fare ritorno nel territorio britannico per un periodo di tempo determinato, qualora egli si trovi in territorio straniero come *foreign fighters*. I *temporary exclusion order* costituiscono una sorta di soluzione di compromesso per venire incontro, da un lato, a chi postulava la necessità di un'autonoma ipotesi di revoca della cittadinanza per i *foreign fighters*, anche con rischio di apolidia, e posizioni più miti che si scagliavano contro la revoca della cittadinanza in questi casi.

⁸² In particolare, modificando il *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014* al fine di inserire previsioni più stringenti circa la conservazione degli indirizzi IP.

⁸³ Rilevanti sono, a tal proposito, le disposizioni che impongono su alcuni soggetti (ad esempio scuole, università ed istituti educativi in genere) un "*duty to prevent*" la radicalizzazione dei soggetti ad essi affidati.

⁸⁴ Si noti che il Parlamento italiano, in sede di approvazione di misure antiterrorismo, non ha mai fatto ricorso alle procedure legislative d'urgenza. È, però, altamente praticato il ricorso al decreto legge.

delle condizioni per la sua attivazione⁸⁵. È, piuttosto, il suo potenziale utilizzo distorto nell'ambito della legislazione antiterrorismo a destare preoccupazioni e a dare adito a dubbi circa il corretto mantenimento del bilanciamento fra poteri.

2.3.3. L'uso degli atti aventi forza di legge e della potestà normativa dell'Esecutivo nell'ordinamento italiano

È ora necessario concentrarsi sui casi in cui determinate misure antiterrorismo vengono adottate da una fonte che è espressione dell'attività normativa dell'Esecutivo, seppure con un controllo più o meno incisivo da parte dell'organo rappresentativo.

L'ordinamento italiano può essere oggetto di studio. Come ben noto, il Governo italiano, inteso nella sua collegialità, può adottare atti aventi forza di legge ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost.⁸⁶, nonché è titolare di una propria potestà regolamentare, con forza normativa secondaria.

Tra i due tipi di atti aventi forza di legge qui prese in esame, i decreti legislativi vengono utilizzati in materia di antiterrorismo principalmente per il recepimento delle direttive dell'Unione europea che dispongono in materia⁸⁷, mentre i decreti legge sono maggiormente impiegati per interventi "autonomi" del livello nazionale in tema di sicurezza nazionale. La legge formale delle Camere è lo strumento meno adoperato, nel contesto normativo italiano, per adottare misure antiterrorismo⁸⁸.

Appare di primaria importanza prendere in considerazione anzi tutto i decreti legge. A partire dal momento immediatamente successivo agli attentati dell'11

⁸⁵ T. MARTINES et al., *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 320.

⁸⁶ Non vengono considerati, ai fini della presente trattazione, gli altri atti con forza di legge, ad es. i decreti del Governo in caso di guerra *ex* art. 78 Cost., perché mai utilizzati nella pratica.

⁸⁷ V., ad esempio, il d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90, di recepimento della Direttiva (UE) 849/2015, in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. Prima ancora, la stessa materia era stata regolata dal d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109, in recepimento della Direttiva 2005/60/CE.

⁸⁸ Esistono leggi delle Camere che hanno introdotto o modificato disposizioni relative alla lotta internazionale, tuttavia si tratta spesso di alcune disposizioni inserite in una legge di più ampio respiro (es. la legge europea 2017, di cui si parlerà diffusamente nel Cap. III del presente lavoro, oppure la legge di bilancio, che autorizza non di rado spese per garantire l'operatività della vigilanza da parte delle forze armate) oppure di leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. Ad esempio, si veda la l. 28 luglio 2016, n. 153, che autorizza la ratifica di cinque convenzioni internazionali e introduce nuovi reati nel codice penale. Inoltre, si devono menzionare anche i casi di leggi riguardanti materie fortemente correlate alla lotta al terrorismo internazionale, come la riforma dei servizi segreti e della disciplina del segreto di Stato, attuata con l. 3 agosto 2007, n. 124, poi modificata dalla l. 7 agosto 2012, n. 133.

settembre fino a tempi molto recenti, il decreto legge è stato ampiamente utilizzato per introdurre o modificare la legislazione antiterrorismo. Si ricordano, a tal proposito, il d.l. 374/2001⁸⁹, il d.l. 144/2005⁹⁰, il d.l. 7/2015⁹¹, fino al recente d.l. 113/2018⁹².

I citati decreti legge, a prescindere dal loro contenuto sostanziale, si caratterizzano per alcuni elementi in comune.

In primo luogo, essi sono stati tutti convertiti in legge dal Parlamento e, allo stato dei fatti, non risulta che, nel periodo *post*-2001, siano stati adottati dal Governo decreti legge in materia di antiterrorismo poi non convertiti in legge dalle Camere.

In seconda battuta, quasi tutti i decreti contengono clausole vaghe⁹³ e generiche che aprono ad un'ampia discrezionalità dell'Esecutivo e che non sono state emendate dal Parlamento in sede di conversione. Si è portato *supra* l'esempio della discrezionalità del Ministro dell'Interno in ambito di revoca della cittadinanza⁹⁴. Ulteriore dimostrazione è data dall'art. 3 del d.l. 144/2005, che introduce nuove norme per l'espulsione degli stranieri nel caso in cui il prefetto abbia «*fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali*» (corsivo aggiunto). Ancora, il d.l. 7/2015, nel prevedere specifici obblighi, in capo agli Internet *providers*, di oscurare siti terroristici o rimuoverne i contenuti, lascia la redazione della “*black-list*” di tali siti totalmente alla discrezionalità del Ministero dell'Interno.

Inoltre, il d.l. 113/2018 inserisce disposizioni specifiche in materia di lotta al terrorismo nell'ambito di un più ampio quadro di riforma del sistema relativo alla gestione del fenomeno migratorio. Se si esaminano le relazioni illustrative del relativo disegno di legge di conversione, si osserva come i requisiti di necessità e urgenza siano ampiamente motivati solo in riguardo ad «una complessa azione riorganizzativa, concernente il sistema di riconoscimento della protezione internazionale e le forme di tutela complementare, finalizzata in ultima istanza a una più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio nonché ad introdurre misure di contrasto al possibile ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale»⁹⁵. Si pongono allora dubbi circa l'effettiva omogeneità dei contenuti

⁸⁹ D.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. l. 15 dicembre 2001, n. 438.

⁹⁰ D.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. l. 31 luglio 2005, n. 155.

⁹¹ D.l. 18 febbraio 2015, conv. l. 17 aprile 2015, n. 43.

⁹² Cit., nota 15.

⁹³ Si sottrae a questa critica il d.l. 374/2001, che riguarda interamente modifiche al c.p. e si caratterizza per un utilizzo piuttosto circostanziato dei termini.

⁹⁴ V. par. 2.1.

⁹⁵ DDL AS n. 840.

di tale decreto legge⁹⁶, ormai da tempo indicata da consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale come requisito essenziale per la legittimità costituzionale di tale atto avente forza di legge e della relativa legge di conversione⁹⁷.

Per quanto riguarda quegli strumenti che l'Esecutivo ha a disposizione per esercitare la propria potestà normativa di rango secondario, ossia i regolamenti, sono opportune talune precisazioni.

Da un lato, come è già emerso più volte nel corso della presente trattazione, l'ordinamento italiano, come altri ordinamenti europei, tende a considerare il terrorismo internazionale dalla prospettiva di diritto penale, ossia come una fattispecie di reato. Essendo molte delle misure volte a contrastarlo di carattere penalistico e intervenendo con la privazione della libertà personale, la materia "anti-terrorismo" dovrebbe essere tendenzialmente coperta da riserva di legge⁹⁸. Di conseguenza, i regolamenti dell'Esecutivo non hanno la forza normativa per disciplinare questi casi e potrebbero, al massimo, intervenire in chiave strettamente esecutiva⁹⁹. Perciò, un utilizzo di queste fonti per porre in essere misure sostanziali di contrasto al terrorismo sarebbe costituzionalmente illegittimo.

Dall'altro lato, però, taluni regolamenti dell'Esecutivo intervengono invero in materie che sono strettamente correlate alla lotta al terrorismo e ad altre minacce alla sicurezza nazionale, dalle quali il concreto atteggiarsi delle misure di contrasto può dipendere. Ne costituisce un esempio la disciplina dei servizi segreti. In questo settore, fermo il quadro legislativo generale¹⁰⁰, molti sono gli aspetti normati, anche in maniera sostanziale, da decreti del Presidente del Consiglio¹⁰¹.

Nei casi appena ricordati, l'utilizzo della potestà normativa dell'Esecutivo appare sicuramente frutto dell'esercizio di una competenza "naturale" di quest'ultimo in tema di *intelligence*, direttamente derivante dall'assetto strutturale dei servizi segreti italiani, che fanno capo al Presidente del Consiglio. Tuttavia, l'utilizzo di queste fonti

⁹⁶ V. A. PACE, *Parere pro veritate sulla legittimità costituzionale del c.d. decreto legge "sicurezza e immigrazione"*, 18 ottobre 2018, consultabile in goo.gl/thVpL9. S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it*, 22/2018.

⁹⁷ Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22. V., a commento, R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 238 ss.

⁹⁸ Ai sensi degli artt. 13, co. 2 e 25, co. 2 Cost.

⁹⁹ Cosa che viene fatta, ad esempio, con riferimento ad alcuni dettagli esecutivi delle disposizioni carcerarie speciali per condannati per reati gravi, tra i quali quelli di terrorismo. Si veda, per esempio, d.P.R. 431/1976, che costituisce il regolamento d'esecuzione delle norme sull'ordinamento penitenziario.

¹⁰⁰ Cfr. nota 88.

¹⁰¹ Si veda, a mero titolo di esempio, il Piano nazionale per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionali, approvato con D.P.C.M. 31 marzo 2017.

pone un tema di trasparenza e reperibilità delle stesse, potenzialmente arrecando addirittura danni in termini di certezza del diritto.

Desta anche maggiori preoccupazioni l'utilizzo tendenzialmente improprio della decretazione d'urgenza, che rappresenta di per sé un problema nell'ordinamento italiano, estesosi anche al settore della sicurezza e del contrasto al terrorismo internazionale.

3. Misure antiterrorismo tra Esecutivo e Giudiziario

Dopo l'analisi delle trasformazioni dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo, in alcune selezionate esperienze, si deve focalizzarsi anche sulle modifiche che le misure antiterrorismo stanno inducendo alla relazione tra Esecutivo e Giudiziario. Pur non facendo quest'ultimo parte dei poteri c.d. politicamente sensibili e non inserendosi nelle vere e proprie dinamiche della forma di governo, focalizzarsi sul suo ruolo appare cruciale nell'ambito della presente analisi.

Il Giudiziario è tradizionalmente visto come un vero e proprio "contropotere"¹⁰², capace, da un lato, di tenere a freno eventuali eccessi del Legislatore, dando un'interpretazione equilibrata della legge da applicare; dall'altro, di contenere potenziali abusi da parte dell'Esecutivo. Dunque, in un contesto in cui la dinamica tra Esecutivo e Legislativo è sempre più spesso alterata, ci si aspetterebbe un ruolo forte da parte delle corti, essenziale per ristabilire un baricentro tra i poteri.

Tuttavia, gli Esecutivi hanno sempre più affinato le tecniche volte a sottrarsi al controllo giurisdizionale. Dal canto loro, le corti, anche quando ne hanno avuto l'occasione, non sempre hanno svolto un ruolo di vero e proprio riequilibrio, ma più spesso hanno agito in modo da legittimare tendenze securitarie dei governi.

Al fine di analizzare questi rapporti, i paragrafi che seguono prendono in considerazione due principali tendenze.

In prima battuta, si analizza come i governi sono spesso tentati di abusare dei meccanismi volti a garantire la segretezza per poter procedere in maniera meno vincolata nell'ambito delle operazioni antiterrorismo e come, in risposta, gli organi giurisdizionali tendano talvolta ad imprimere uno scrutinio poco sostanziale.

In seconda battuta, si approfondisce il *trend* che vede una "amministrativizzazione" delle misure antiterrorismo, spesso decise e scrutinate da organi della pubblica amministrazione, con conseguente marginalizzazione dei giudici e maggiore disinvoltura nell'utilizzo di materiali anche segretati, di norma esclusi dal *corpus probatorio* di un processo. Anche in questo caso, si è mantenuta, nell'analisi dei casi, la contrapposizione fra un sistema di *civil law* e uno di *common law*, in modo da rilevare l'approssimazione tra ordinamenti che la necessità di combattere il terrorismo internazionale sembra implicare.

¹⁰² Cfr. *supra*, nota 3.

3.1. L'uso strumentale del segreto di Stato e il *self-restraint* delle corti: il segreto come *political question*?

L'approccio deferenziale al segreto di Stato è, di fatto, tra i "metodi" più utilizzati dalle corti per sottrarsi al proprio ruolo di "controllori" nei confronti dell'operato dell'Esecutivo nell'ambito di operazioni antiterrorismo.

Il concetto di segreto si inserisce tradizionalmente in senso antagonistico rispetto ai principi di pubblicità, trasparenza e responsabilità, costantemente ritenuti canoni di ispirazione per lo svolgimento e l'esercizio del potere pubblico in uno Stato di diritto¹⁰³.

Tuttavia, l'insinuarsi dei c.d. *arcana imperii*¹⁰⁴ nell'ambito della dinamica fra poteri, pur in un assetto democratico¹⁰⁵, è ammissibile se finalizzato a salvaguardare interessi supremi – la *raison d'état* – non diversamente tutelabili e se ancorato a principi fondamentali che ne rendano legittimo l'utilizzo. Il segreto di Stato, definibile come il "grado più alto" di segreto, risponde a queste finalità e il suo utilizzo è stato giustificato secondo le argomentazioni più varie tanto in dottrina¹⁰⁶

¹⁰³ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, XVII afferma che, a scapito delle molteplici definizioni che è possibile dare della democrazia, non esiste definizione «che possa fare a meno d'includere nei suoi connotati la *visibilità o trasparenza del potere*» (corsivo aggiunto). In contrapposizione al governo del potere visibile si pone il potere c.d. occulto, tipico delle forme autoritarie. Sul punto, F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, il Mulino, 1973.

¹⁰⁴ Così vi si riferisce Tacito negli *Annali* e nelle *Storie*. Si vedano Libro II, § 36 degli *Annali* e Libro I, § 4 delle *Storie*.

¹⁰⁵ V. sul punto M. CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2014. V. anche V. PUPO, *Prime note sul segreto di Stato nella democrazia rappresentativa*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 152 ss.

¹⁰⁶ Per limitarsi al contesto italiano, si possono individuare diverse correnti di pensiero. A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1976, 1785 ss. ritiene di individuare il fondamento costituzionale del segreto di Stato nell'art. 52 Cost., che fonderebbe, tra l'altro, anche il dovere di astenersi dal compiere qualsiasi azione contraria alla tutela della sicurezza nazionale. In questo senso, anche M. LUCIANI, *Il segreto di Stato nell'ordinamento nazionale*, in AA.VV., *Il segreto di Stato. Evoluzioni normative e giurisprudenziali*, Quaderno di intelligence, Gnosis – Rivista italiana di intelligence, Roma, 2011 e, ancor prima, ma con riferimento alle «aggressioni esterne», G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 143 ss. Secondo altri, il fondamento del segreto di Stato è da rinvenirsi nell'art. 54 Cost. In questo senso, S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1978, 45 ss. Una terza lettura, poi, ravvisa la giustificazione costituzionale del segreto di Stato nel combinato disposto degli artt. 52 e 54 Cost. P. BARILE, *Democrazia e segretezza*, in *Quad. cost.*, 1/1987, 37. Altri portano avanti una lettura in combinato disposto anche di altri articoli della Costituzione (artt. 5, 126, 139 Cost.). Così M. LUCIANI, *cit.*, nel condividere la teoria che riporta il segreto di Stato all'art. 52 Cost. (v. *supra*, in questa nota), aggiunge la necessità di

quanto in giurisprudenza¹⁰⁷.

Tutti quegli atti correlati con l'utilizzo del segreto di Stato e/o relativi alla determinazione stessa della sua esistenza, sono tradizionalmente attribuiti al dominio (spesso quasi assoluto) del potere Esecutivo e del suo vertice. Si pensi al ruolo chiave, nell'ordinamento italiano, del Presidente del Consiglio dei ministri¹⁰⁸, come delineato dalla disciplina attuale ancor più che in quella precedente¹⁰⁹, ma anche al sistema statunitense, dove, per la correttezza procedurale dell'opposizione in sede processuale dello *state secrets privilege*, occorre che esso sia stato opposto da un funzionario di vertice di un dipartimento dell'Esecutivo o di un'agenzia¹¹⁰.

Al fine, però, di evitare un predominio assoluto e libero da qualsiasi vincolo da parte di questo potere, vengono previsti, da tutti gli ordinamenti occidentali, strumenti di controllo e di verifica, perlopiù da parte di organi giurisdizionali¹¹¹.

Proprio i citati meccanismi sono oggetto di una dinamica distorta nell'ambito

legarlo anche alle ulteriori disposizioni costituzionali adesso citate. Da ultimo, si ritiene opportuno richiamare il pensiero di chi ritiene di individuare nell'art. 117, co. 2, lett. d) Cost. il fondamento del segreto di Stato nell'ordinamento italiano. Così A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2008, 4046 ss.

¹⁰⁷ Sempre con stretto riferimento al solo contesto italiano, la più recente posizione della Corte costituzionale ravvisa il fondamento del segreto di Stato negli artt. 1, 5 e 52 Cost. (così sentt. nn. 106/2009, 40/2012, 24/2014, che riprendono la sent. n. 86/1977).

¹⁰⁸ Il Presidente del Consiglio si configura come vero e proprio *dominus* del segreto di Stato. In questo senso, A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, Giappichelli, 2010, 5 ss., spec. 30. V. anche A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2012, 978 ss., spec. 1006. V. anche *infra*, nell'ambito della sintetica trattazione qui presentata del caso *Abu Omar*.

¹⁰⁹ Attualmente sia il segreto di Stato sia il funzionamento dei servizi segreti sono disciplinati dalla l. 3 agosto 2007, n. 124. Questa normativa sostituisce la precedente l. 24 ottobre 1977, n. 801. V., su questa disciplina, C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato* (l. 3 agosto 2007, n. 124), Milano, Giuffrè, 2008.

¹¹⁰ Su questo punto, A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in 66 *American Journal of Comparative Law*, 2018, 877 ss., spec. 906, che sottolinea come questa regola procedurale, elaborata nel tempo dalle corti, sia finalizzata a garantire la responsabilità certa e diretta del potere Esecutivo sull'apposizione del segreto di Stato.

¹¹¹ Se, nel sistema italiano, la Corte costituzionale ha una vera e propria funzione di *gatekeeper* del segreto di Stato, essendo l'unico Giudice a cui esso non può essere apposto (in base al disposto dell'art. 28, co. 8 della l. 124/2007), in sistemi di *common law*, pur non esistendo un meccanismo di controllo specializzato analogo, le corti hanno un certo margine di movimento nel verificare se e fino a che punto l'invocazione del segreto, da parte degli Esecutivi, sia legittima.

della lotta al terrorismo internazionale. Piegandosi alle esigenze di sicurezza che costituiscono le argomentazioni alla base di approcci governativi sempre più securitari, le corti hanno spesso rinunciato al proprio ruolo di garanti del corretto bilanciamento tra segretezza, trasparenza e garanzia dei diritti. Bilanciamento che pare essere essenziale nell'ottica di preservare non solo la sopravvivenza dello Stato e delle sue istituzioni, ma anche la democraticità degli stessi.

Una tale tendenza si è manifestata tanto negli ordinamenti di *common law* quanto in quelli di *civil law*, dimostrando quanto la revisione delle categorie giuridiche – prima di tutto, lo stesso concetto di “sicurezza” – in ottica securitaria stia contribuendo ad un livellamento delle risposte, anche in sistemi appartenenti a differenti famiglie giuridiche.

Nel contesto statunitense, la deferenza delle corti al potere esecutivo si evidenzia in casi come *Jeppesen* ed *El-Masri*; in parallelo, il caso *Abu Omar* costituisce, nell'ordinamento italiano, l'esempio lampante di come la Corte costituzionale italiana abbia respinto, in buona parte, il suo ruolo istituzionale di “controllore” dell'apposizione e opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio.

Nell'ambito di questo lavoro, non si vuole intendere il presente paragrafo come la sede per un esame dettagliato dei casi giurisprudenziali menzionati, operazione in cui ben più autorevoli voci hanno già profuso il proprio impegno¹¹². Tuttavia, alcuni cenni essenziali si ritengono opportuni, al fine di chiarire il perimetro nel cui ambito ci si muove e rendere esplicito il carattere strumentale di tali casi alla dimostrazione dell'assunto che vuole le corti tendenzialmente deferenti nei confronti del potere Esecutivo.

Jeppesen, *El-Masri* e *Abu Omar* sono casi incentrati su tre operazioni di *extraordinary rendition* (consegne speciali)¹¹³, operate dal Governo statunitense, con

¹¹² Si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza e limitandosi agli studi italiani, ai seguenti riferimenti dottrinali: N. NAPOLETANO, “*Extraordinary renditions*”, *tortura, sparizioni forzate e “diritto alla verità”: alcune riflessioni sul caso “El-Masri”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2013, 331 ss.; A. VEDASCHI, *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4/2013, 1255 ss.; P. BONETTI, *Il caso “Abu Omar” a Strasburgo: l'obbligo di punire le “extraordinary renditions”*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2016, 390 ss.; A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism*, cit.

¹¹³ Sul concetto di *extraordinary rendition* si veda, per tutti, A. VEDASCHI, *Extraordinary renditions: A practice beyond traditional justice*, in E. GUILD, D. BIGO, M. GIBNEY (eds.), *Extraordinary Renditions. Addressing the Challenges of Accountability*, New York-London, Routledge, 2018, 89 ss. Si tratta, in sintesi, di operazioni finalizzate al sequestro di persone che, sulla base di informazioni di *intelligence*, potrebbero essere legate a gruppi terroristici, al fine di trasferirle in segreto sul territorio di Paesi terzi, dove sono interrogate con l'impiego tecniche configurabili come tortura con lo scopo di estrarre da loro informazioni utili. *Leader* delle operazioni di *extraordinary rendition* sono sempre stati, storicamente, gli Stati Uniti,

la collaborazione di altri Paesi, nei confronti di soggetti sospettati di legami con il terrorismo internazionale. Gli individui in questione sono stati condotti in aree territoriali non soggette alla sovranità di stati democratici, nei quali sono stati interrogati con l'utilizzo di tecniche di tortura, nella speranza di indurli a confessare relativamente alla propria appartenenza ad organizzazioni terroristiche.

Nei primi due casi, *El-Masri* e *Jeppesen*, i soggetti coinvolti, per rivendicare i propri diritti violati, hanno iniziato azioni legali nei confronti del Governo dinanzi corti statunitensi, richiedendo il risarcimento dei danni, mentre, nell'ultimo caso, *Abu Omar*, le vicende sono state oggetto di indagine da parte della Procura di Milano, che ha poi esercitato l'azione penale nei confronti di vari esponenti dell'*intelligence*, tanto italiana quanto statunitense. In tutte le situazioni in analisi, l'Esecutivo – *rectius*, nel caso italiano, il suo vertice – ha innalzato la barriera del segreto per cercare di impedire agli organi giurisdizionali aditi uno scrutinio di merito dei casi.

Dal punto di vista del rapporto tra segreto e democrazia, il tratto comune dei casi oggetto di trattazione consiste nell'essersi le competenti corti astenute dall'operare un effettivo controllo sull'attività degli Esecutivi nazionali. Sul versante statunitense, il risultato è stato raggiunto grazie ad interpretazioni estensive del precedente applicabile in casi in cui alcune prove siano coperte dal segreto. Nel caso italiano, la Corte costituzionale ha utilizzato l'interpretazione restrittiva dei limiti all'apposizione del segreto di Stato per giustificare la decisione a favore del Presidente del Consiglio di diversi conflitti di attribuzione sollevati dalla magistratura penale investita dei procedimenti a carico degli agenti resisi responsabili delle violazioni nei confronti di Abu Omar, soggetto vittima di *extraordinary rendition*.

Nel sistema statunitense, i tecnicismi processuali atti a gestire le situazioni in cui il materiale secretato viene in rilievo sono riconducibili, da un lato, all'applicazione del precedente *Totten*¹¹⁴ e, dall'altro, al richiamo del precedente *Reynolds*¹¹⁵, entrambi decisi dalla Corte Suprema. Tuttavia, il primo trova applicazione in casi in cui oggetto del giudizio è una materia intrinsecamente segreta¹¹⁶ e implica la cessazione immediata del giudizio per impossibilità del giudice di addentrarsi nel

¹¹⁴ *Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1876).

¹¹⁵ *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 7 (1953).

¹¹⁶ Nel caso che dà origine al precedente, si trattava di un contratto di spionaggio stipulato fra Totten e il Presidente statunitense Lincoln, in relazione al quale un erede di Totten chiedeva il pagamento del corrispettivo economico. Trattandosi, tuttavia, di materia inerentemente segreta, la Corte Suprema non si ritiene investita della cognizione del caso. Si veda T.C. ELLINGTON, *Secrecy Law and Its Problems in the United States*, in G. MARTIN, R. SCOTT BRAY, M. KUMAR (eds.), *Secrecy, Law and Society*, London-New York, Routledge, 2015, 15 ss.

merito della materia del contendere (si parla di *non-justiciability doctrine*), mentre il secondo si basa su diversi presupposti. Il precedente *Reynolds* fonda la vera e propria *state secrets privilege doctrine*, che viene costruita, negli Stati Uniti, come una regola probatoria (solo civilistica) volta ad escludere, dal novero delle prove valutabili dal giudice, eventuale materiale su cui l'Esecutivo abbia invocato il segreto, non impedendo però la prosecuzione del processo in circostanze in cui sia possibile basarsi su ulteriori prove non segrete¹¹⁷.

Nei casi *El-Masri*¹¹⁸ e *Jeppesen*¹¹⁹, seppure secondo scansioni processuali diverse, le corti giungono, grazie al richiamo al solo precedente *Reynolds*, ad escludere la possibilità di pronunciarsi sulle richieste di risarcimento dei danni presentate dai ricorrenti.

In *El-Masri*, la Corte d'appello chiude il caso richiamandosi a *Reynolds*, ma senza porre in essere talune verifiche connesse con la sua applicazione¹²⁰ – prima fra tutti, la possibilità di procedere assumendo altre prove, diverse da quelle sottoposte a segreto¹²¹ – dopo che la causa aveva avuto sorte avversa in una serie di rinvii tra giudici di primo e giudici di secondo grado. Invero, la Corte si limita a sottolineare che, pur se fosse astrattamente possibile la continuazione del caso sulla base di altre prove, la sottrazione di quelle necessariamente segrete avrebbero privato in maniera rilevante gli ufficiali governativi coinvolti nel caso del proprio diritto di difesa. La chiusura è netta e si traduce in un sostanziale diniego di giustizia nei confronti del ricorrente, che vede la sua posizione privata della possibilità di uno scrutinio nel merito.

In *Jeppesen*, la Corte di primo grado¹²² riscontra addirittura la possibilità di applicazione del precedente *Totten* – riconducendo al concetto di “materia intrinsecamente segreta” l'operazione di *extraordinary rendition*.

¹¹⁷ In analogia con quanto prescritto dall'art. 202 del Codice di procedura penale (c.p.p.), che prescrive al giudice penale la pronuncia di una sentenza di non doversi procedere per sussistenza del segreto di Stato solo nel caso in cui non sia possibile decidere sulla base di ulteriori prove. Si sottolinea, tuttavia, che nel sistema statunitense i precedenti *Totten* e *Reynolds* si applicano a giudizi di matrice civilistica.

¹¹⁸ *El-Masri v. Tenet*, 437 F. Supp. 2d 530 (E.D. Va. 2006); *El-Masri v. United States*, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007); *El-Masri v. United States*, 552 U.S. 947 (2007) (cert. den.).

¹¹⁹ *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 539 F. Supp. 2d 1128 (N.D. Cal. 2008), *rev'd*, 563 F.3d 992 (9th Cir. 2009), *amended and superseded by* 579 F.3d 949 (9th Cir. 2009), *reh'g granted*, 586 F.3d 1108 (9th Cir. 2009), *aff'd*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (en banc), *cert. denied*, 563 U.S. 1002 (2011).

¹²⁰ *El-Masri v. United States*, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007).

¹²¹ La Corte si limita a sottolineare che il segreto è stato apposto in maniera proceduralmente corretta, poiché invocato da un membro di vertice dell'Esecutivo. Trattasi solo della prima, e maggiormente formale, verifica insita nell'applicazione del precedente *Reynolds*.

¹²² *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 539 F. Supp. 2d 1128 (N.D. Cal. 2008).

Pur essendo questa posizione rigettata in grado di appello¹²³, sulla base del fatto che la materia del contendere non è inerentemente segreta, quando la Corte d'appello decide poi di pronunciarsi *en banc*¹²⁴ sulla controversia giunge anch'essa a negare uno scrutinio di merito sulle allegazioni dei ricorrenti. Anche fondando il giudizio sulla sola applicazione del precedente *Reynolds* – ammettendo, perciò, che vi siano alcune prove su cui il Governo ha correttamente invocato il segreto e che non possono essere utilizzate per decidere – argomenta come non sia possibile decidere il caso sulla base di ulteriori prove non segrete, non perché queste non siano disponibili, ma in quanto disporre l'assunzione dinanzi al giudice creerebbe un «unacceptable risk» che le informazioni sottoposte a segreto vengano comunque in luce, dato il loro legame essenziale con quelle non segrete. Tale *reasoning* da parte della Corte d'appello è reso possibile facendo fortemente perno proprio sulla giurisprudenza *El-Masri*.

In entrambi i casi, tanto *El-Masri* quanto *Jeppesen*, il diniego di *certiorari* da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti determina l'impossibilità di un ulteriore controllo, confermando così la chiusura del caso a livello interno¹²⁵.

Il caso *Abu Omar*, pur svolgendosi, almeno per i suoi profili nazionali, in una giurisdizione diversa, presenta degli aspetti del tutto raffrontabili alle posizioni delle corti statunitensi in *El-Masri*. Qui, mentre i giudici ordinari procedono con una serie di condanne in capo ad agenti dei servizi segreti italiani e statunitensi che avevano agito nell'ambito di un'operazione di *extraordinary rendition* ai danni dell'imam egiziano, la Corte costituzionale, ripetutamente adita in sede di conflitto di attribuzione a seguito dell'opposizione, in sede processuale, del segreto di Stato da parte degli imputati italiani, decide gli stessi in senso favorevole al Presidente del Consiglio. Questa presa di posizione costringe, da ultimo, la Corte di cassazione ad annullare senza rinvio le condanne fino a quel momento inflitte¹²⁶.

¹²³ 563 F.3d 992 (9th Cir. 2009).

¹²⁴ 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (en banc).

¹²⁵ Il caso *El-Masri*, comunque, così come il caso *Abu Omar* che si vedrà nel prosieguo, verrà portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo. Per vie diverse, entrambe le controversie verranno condotte dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale si pronuncerà condannando apertamente le *extraordinary renditions* e dando vita ad un vero e proprio filone giurisprudenziale sul punto. Corte EDU, Grand Chamber, 13-12-2012, *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, app. no. 3963/09; *id.*, sec. IV, 23-02-2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, req. n. 44883/09. Sul caso *El-Masri* davanti alla Corte EDU, v., per tutti, A. VEDASCHI, *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, cit.; sul caso *Abu Omar* a Strasburgo, si fa rinvio a *Id.*, *State Secret Privilege versus Human Rights: Lessons from the European Court of Human Rights Ruling on the Abu Omar Case*, in 13 *European Constitutional Law Review*, 166-181.

¹²⁶ Trib. Milano, sez. IV pen., 4 novembre 2009, n. 12428; App. Milano, sez. III pen., 15 dicembre 2010, n. 3688; Cass., sez. V pen., 19 settembre 2012, n. 46340.

Il *favor* nei confronti del vertice dell'Esecutivo da parte dei giudici costituzionali italiani si basa, in primo luogo, sull'interpretazione restrittiva di quel limite dei «fatti eversivi dell'ordine costituzionale», sui quali l'art. 39, co. 11 della l. n. 124/2007 prescrive l'impossibilità di apposizione del vincolo di segretezza¹²⁷.

Così decidendo, la Corte costituzionale conferma quella giurisprudenza, per vero già precedentemente consolidata, che vede il Presidente del Consiglio unico vero attore sostanziale in ambito di segreto di Stato¹²⁸, estendendola – e ciò appare problematico dal punto di vista della tutela dei diritti – ad una materia così delicata

¹²⁷ Come rilevato ampiamente in dottrina, il concetto di “ordine” viene interpretato alla stregua di “ordinamento costituzionale”. Perciò, in luogo di ricomprendervi tutti quegli aspetti che fondano la democraticità dello Stato italiano, inclusi dei diritti fondamentali violati in operazioni come quelle di *extraordinary renditions*, la Corte costituzionale ritiene che violerebbe l'art. 39, co. 11 solo un'operazione ipoteticamente finalizzata al sovvertimento delle istituzioni repubblicane. Il concetto di “ordinamento costituzionale” viene tradizionalmente fatto risalire all'assetto istituzionale dello Stato, venendo quasi a coincidere, quindi, con l'idea di forma di governo. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2008, 4046 ss.; R. ORLANDI, *Segreto di Stato e limiti alla sua opponibilità fra vecchia e nuova normativa*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 5226 ss.; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 394 ss.

¹²⁸ In tema, si ritiene d'uopo citare Corte cost., sent. 92/1976 e sent. 86/1977. Con la prima, la Corte costituzionale definisce come «supremo» l'interesse «della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza». Con la seconda, nel richiamare il ruolo principe che deve essere affidato al Presidente del Consiglio, la Corte costituzionale elabora importanti principi quali 110/1998, che risolve un conflitto di attribuzioni fra il Presidente del Consiglio e la Procura di Bologna a seguito dell'attività istruttoria svolta nei confronti di alcuni funzionari dei servizi diretta ad acquisire elementi su circostanza incise dal segreto di Stato (più nel dettaglio uno straniero sospettato di appartenere ad un'organizzazione terroristica all'epoca attiva in Italia). Qui, il giudice costituzionale ribadisce che la potestà dell'Esecutivo non è illimitata; da qui discende che non esiste alcuna ipotesi di immunità sostanziale collegata all'attività dei servizi di intelligence. Vieppiù, ribadisce che il segreto di Stato impedisce di procedere solo limitatamente agli atti coperti, ma non esclude che indagini e giudizio sui medesimi fatti possano fondarsi su altri elementi o prove. Tuttavia, si sottolinea che si tratta di una *probatio diabolica*. T.F. GIUPPONI, *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono* - Vol. IV, Torino, Giappichelli, 2010. Inoltre, Corte cost., ord. 404/2005 si pronuncia sul c.d. caso di villa La Certosa, relativo ad un conflitto di attribuzioni sollevato dalla procura di Tempio Pausania avverso la decisione di impedire, con il segreto di Stato, l'accesso ai luoghi di una residenza del Presidente Berlusconi per accertare l'ipotizzata violazione delle norme edilizie e paesaggistiche. Il conflitto si è però chiuso *in limine litis*: avendo il Presidente del Consiglio consentito l'accesso prima della camera di consiglio, la Corte ha dichiarato il conflitto inammissibile per difetto del requisito oggettivo.

quale quella della lotta al terrorismo internazionale.

I tre casi citati non costituiscono, nel panorama comparato, le uniche situazioni in cui operazioni di *extraordinary renditions* sono giunte ad essere scrutinate da una corte. Ve ne sono state diverse altre, in cui il tratto comunque può essere sintetizzato o nella deferenza delle corti nei confronti dell'Esecutivo, oppure in circostanze ulteriori, di stampo prettamente politico-diplomatico, che hanno portato alla risoluzione della controversia facendo utilizzo dei c.d. meccanismi di giustizia alternativa, che non passa per lo svolgimento di un processo, ma per misure simboliche o comunque decise in via prettamente equitativa¹²⁹.

3.2. L'utilizzo di prove segrete e la "amministrativizzazione" dei procedimenti in materia di terrorismo

Un ulteriore aspetto che, dal punto di vista dell'analisi del rapporto fra poteri, rientra nella tendenza di marginalizzazione del Giudiziario a favore del potere Esecutivo consiste nel fatto che, sempre più spesso nei diversi ordinamenti, le misure antiterrorismo sono applicate per mezzo di procedimenti amministrativi. Di conseguenza, relativi meccanismi di contestazione sono attivabili dinanzi a soggetti che, in alcuni casi, hanno anch'essi uno stretto legame con l'Esecutivo. In questo quadro, si inserisce spesso la possibilità di utilizzare, contro la persona sospettata di arrecare minaccia alla sicurezza nazionale, prove non conoscibili a quest'ultima e sulle quali non è possibile svolgere alcun contraddittorio in ottica difensiva. Il *trend* in parola si nota negli ordinamenti di *common law*, ma anche i sistemi di *civil law* non se ne sono dimostrati estranei, perlomeno quanto ad alcuni aspetti.

Questo approccio si salda strettamente con la sovrapposizione fra le misure di contrasto al terrorismo e quelle volte alla gestione del fenomeno migratorio¹³⁰. Tale *overlap* permette di applicare meccanismi volti a tutelare la sicurezza nazionale celandoli, anche a livello di qualificazione giuridica formale, dietro il "paravento" delle misure amministrative finalizzate a regolare l'immigrazione. Così, espulsioni, ordini di allontanamento, divieti di reingresso, funzionano, invece che per le loro finalità precipue, alla stregua di misure antiterrorismo con carattere repressivo, talvolta comportando la mancanza di garanzie per i diritti basilari dell'individuo.

¹²⁹ Ne sono esempi la resa di scuse pubbliche da parte dei governi oppure il risarcimento non conseguente allo svolgimento di un processo. Casi di questo genere si sono verificati, tra l'altro, in Canada e in Regno Unito. Per un approfondimento, A. VEDASCHI, *Extraordinary Renditions: A Practice Beyond Traditional Justice*, cit.

¹³⁰ Già richiamata nel presente lavoro. Sul punto, si veda anche, per un'approfondita riflessione e analisi normativa, M. SAVINO, "Enemy Aliens" in Italy? The Conflation between Terrorism and Immigration, in *3 Italian Journal of Public Law*, 2/2011, 224 ss.

È proprio nell'ambito del contesto migratorio che, nel Regno Unito, anche prima dell'11 settembre 2001, si tendeva all'utilizzazione di materiali secretati e posti a conoscenza del solo Esecutivo nell'ambito di procedimenti di espulsione.

A seguito del ricorso di un soggetto sottoposto a queste misure dinanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo, Corte EDU), la quale determinerà la violazione, da parte di tale prassi, di diverse garanzie predisposte dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo, CEDU)¹³¹, il Legislatore britannico decide di inserire un meccanismo asseritamente idoneo a mitigare la disparità di armi tra l'*Home Secretary*, che prende la decisione di espellere sulla base di informazioni riservate, e la persona interessata, che non ha la possibilità di accedere a tale materiale e prepararsi una strategia difensiva.

A questo proposito, lo *Special Immigration Appeal Commission Act 1997*¹³² introduce, nell'ordinamento britannico, la figura dello *special advocate*. Si tratta di un sistema mutuato (invero in maniera distorta) dall'ordinamento canadese.

In Canada, in quegli anni, la legislazione in vigore prevede che il Ministro dell'Immigrazione possa determinare che uno straniero, permanentemente residente sul territorio canadese, rappresenti una minaccia per la sicurezza nazionale. Il Ministro può allora adottare un c.d. *deportation order*, che è soggetto ad impugnazione dinanzi ad un organo denominato SIRC (*Security Intelligence Review Committee*). Il SIRC, di concerto con il competente Ministro e con i servizi di intelligence (CSIS – Canadian Security Intelligence Service), decide quali prove possano essere mostrate alla persona assoggettata al procedimento. Le altre prove rimangono segrete, ma utilizzabili. Di tali prove segrete viene concessa una versione “sintetica” alla persona e al suo difensore.

Quando il SIRC assume le prove secretate, lo fa in un'udienza a porte chiuse (*in camera hearing*), ma un difensore speciale (*SIRC-counsel*) può esaminare il materiale segreto e rappresentare l'interesse della persona, pur non essendo responsabile nei suoi confronti, come accade in una normale relazione avvocato-cliente. Tale “avvocato speciale” ha accesso a tutte le prove secretate e può conferire

¹³¹ Corte EDU, Grand Chamber, *Chahal v. United Kingdom*, 15-11-1996, app. no. 22414/93. Qui, la Corte EDU rileva l'incompatibilità del sistema di espulsioni di stranieri vigente all'epoca con gli artt. 3 e 5, co. 4 CEDU. In base a tale legislazione, l'*Home Secretary* britannico poteva semplicemente decidere che una persona rappresentasse una minaccia alla sicurezza nazionale ed ordinarne l'espulsione. Non c'era alcuna possibilità di appello in senso stretto, solamente poteva essere fatto ricorso dinanzi ad un organo non giurisdizionale, c.d. *Three Wise Men panel*, composto da esperti di *intelligence* e rispondente all'Esecutivo (carente quindi dell'indipendenza propria del giudice). La persona interessata non poteva vedere le prove a suo carico e gli era concesso di accedere solo ad una sintetica esposizione dei motivi su cui l'ordine di espulsione si basava.

¹³² *Special Immigration Appeals Commission Act 1997*, c. 68.

con il soggetto sottoposto al procedimento sia prima sia dopo l'udienza a porte chiuse.

La Corte EDU, nella sentenza *Chahal*, indica proprio il Canada come un possibile “modello” di bilanciamento fra le esigenze della segretezza e quelle scaturenti dai diritti processuali degli individui, anche in procedimenti immigratori, che si caratterizzano per una prima fase prettamente amministrativa.

Il Legislatore britannico, tuttavia, non si conforma pienamente a quella che gli viene presentata come una *best practice*. Lo *Special Immigration Appeal Commission Act* istituisce la figura dello *special advocate*, ma quest'ultima è abbastanza diversa dal suo omologo canadese. Lo *special advocate* britannico non può in nessun caso parlare con la persona sottoposta a procedimento, a fine di concordare congiuntamente la strategia difensiva, e, pur avendo il compito di prendere in considerazione il materiale segretato, non ha accesso completo al *file* che lo contiene, predisposto dal Governo. Questo modello assume il nome di *closed material procedure*.

Subito dopo gli eventi dell'11 settembre 2001¹³³, il raggio di applicazione della *closed material procedure* viene esteso: non solo si ricorre ad essa nei procedimenti in materia di immigrazione, ma anche nelle cause civili in cui alcuni elementi di prova sono ritenuti confidenziali dal Governo¹³⁴. Tale estensione significa che questi procedimenti possono essere impiegati non più solo nei confronti degli stranieri, potenzialmente pericolosi per la sicurezza nazionale e che sono soggetti ad espulsione, ma anche nei riguardi di cittadini britannici¹³⁵.

¹³³ A cui il Regno Unito reagisce con l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* 2001, c. 24 (ATCSA). Esso è stato definito come una legislazione “draconiana”. A. TOMKINS, *Legislating Against Terror: The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, in *Public Law*, 2002, 205 ss. Con specifico riferimento al meccanismo delle espulsioni, l'ATCSA fa rinvio allo *Special Immigration Appeal Commission Act* e introduce un'autonoma fattispecie in caso di sospetti di attività terroristiche di stampo internazionale.

¹³⁴ *Justice and Security Act* 2013, c. 18. Il primo caso giudiziario in cui esso viene applicato è *CF and Mohammed v. Foreign and Commonwealth Office* [2013] EWHC 3402 (QB). Si tratta di un procedimento nel quale il ricorrente chiede il risarcimento dei danni subiti in quando vittima di una *extraordinary rendition* che ha comportato il suo trasferimento in Somalia.

¹³⁵ In questo modo, si supera il tradizionale approccio britannico al segreto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, gestito per mezzo della *public interest immunity*. Quest'ultima è assimilabile all'approccio penalistico italiano al segreto di Stato o, volgendo lo sguardo al contesto statunitense, al funzionamento del precedente *Reynolds*. La *public interest immunity doctrine* prevede che, se nel bilanciamento fra esigenze di segretezza e necessità processuali le prime sono ritenute prevalenti, il procedimento possa proseguire solo se vi sono ulteriori prove sufficienti. In caso contrario, il giudice non potrà entrare nel merito del caso. Sul punto, S. SETTY, *National Security Secrecy: Comparative Effects on Democracy and the Rule of Law*,

A seguito della circolazione, dal contesto canadese a quello britannico, di questo approccio asseritamente atto a mitigare lo scompenso fra esigenze di segretezza ed esigenze del giusto processo, anche altri Paesi di *common law* adottano sistemi simili.

Ad esempio, in Australia, nel 2004, il *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act* dispone che non solo nei procedimenti di espulsione, ma anche in quelli civili, sia permesso l'utilizzo di materiali segreti se l'*Attorney General* certifica che l'ostensione di tali elementi sarebbe pregiudizievole per la sicurezza nazionale. Dal 2017 è anche introdotta la figura dello *special advocate*¹³⁶.

In nuova Zelanda, il meccanismo che vede la presenza dello *special advocate* viene introdotto nel 2009¹³⁷. Tuttavia, esso è presente solo nei procedimenti di carattere amministrativo legati all'immigrazione, non essendo mai stato esteso ai processi civili né, tantomeno, a quelli penali.

Con riferimento al Canada, che può essere considerato il modello "*originator*" di questa tendenza, è interessante riflettere sugli sviluppi di questa disciplina. Inizialmente, il meccanismo si applicava in un numero ristretto di casi, ossia quelli di competenza del SIRC¹³⁸, e non a tutti i procedimenti relativi all'immigrazione. Nel 2007, pronunciandosi sul caso *Charkoui*¹³⁹, la Corte Suprema canadese rileva che il detto sistema, chiamato *security certification*, è contrario alla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in quanto non garantistico dei principi del *fair trial*. Con la legge del 2007 (c.d. Bill C-3) viene previsto un meccanismo di *special advocates*, i quali, però, non possono comunicare con la persona interessata dopo che l'udienza segreta si sia tenuta e non sono autorizzati ad accedere alla totalità delle prove che il Governo detiene. Dunque, questa "versione" di *special advocates* riprende le criticità del sistema britannico, che al modello originario canadese si era a sua volta ispirato¹⁴⁰.

¹³⁶ *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Amendment Regulations* 2017.

¹³⁷ *Immigration Act* 2009, s. 263.

¹³⁸ Trattasi delle situazioni in cui le informazioni segrete sulle quali la decisione di espulsione si basa sono quelle in possesso dei servizi segreti federali.

¹³⁹ *Charkoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2007 SCC 9. V. K. ROACH, *Secret Evidence and its Alternatives*, in A. MASFERRER (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Heidelberg-New York-London, Springer, 2011, 184.

¹⁴⁰ Si parla di «poor use of comparative law», da parte sia dei giudici di Strasburgo, nel presentare il modello canadese nella sentenza *Chahal*, sia del Legislatore britannico, nel recepirlo senza approfondirlo e adattarlo alle peculiarità del proprio ordinamento. D. JENKINS, *There and Back Again: The Strange Journey of Special Advocates and Comparative Law Methodology*, in 42 *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 279 ss.

Negli ordinamenti di *civil law* non sono riscontrabili approcci assimilabili a quelli ora sinteticamente descritti con riferimento ai sistemi di *common law*¹⁴¹, pur non mancando, all'interno di essi, la tendenza ad utilizzare le misure immigratorie nell'ambito della lotta al terrorismo internazionale. Tuttavia, se anche, in tali contesti ordinamentali, si è notato uno sbilanciamento a favore delle esigenze della segretezza, facendosi luogo ad espulsioni sulla base di motivazioni derivante da materiale riservato a disposizione dell'Esecutivo, mai questi procedimenti sono stati estesi in sede civile e penale¹⁴².

A tal proposito, è interessante un *focus* circa le riforme, nell'ambito dell'ordinamento italiano, del sistema delle espulsioni in seguito alla necessità di combattere il terrorismo internazionale. In tal modo, sarà possibile analizzare un aspetto specifico della normativa, relativo all'utilizzo di materiale coperto da segreto di Stato per determinare la necessità di allontanare la persona dal territorio nazionale per motivi di sicurezza.

Dopo gli attentati di Madrid, nel 2004, e di Londra, nel 2005, l'Italia introduce un regime di controllo più stringente nei confronti degli immigrati che possano rappresentare una minaccia per la sicurezza nazionale, con il già citato d.l. 144/2005. Questo regime si aggiunge a quello ordinario, al tempo vigente, per l'espulsione degli stranieri¹⁴³.

Punto focale del regime stabilito dal decreto legge del 2005 è, come si è già visto, l'espulsione amministrativa di stranieri sospettati di terrorismo. Più nel dettaglio, il Ministro dell'Interno o, su sua delega, il prefetto possono ordinare l'espulsione di una persona che abbia commesso reati terroristici (come definiti dal codice penale¹⁴⁴) o nei cui confronti sussistano «fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività

¹⁴¹ Tuttavia, si riscontrano alcune eccezioni. Ad esempio, in Danimarca, esiste una figura analoga allo *special advocate* di derivazione canadese, che opera, anche in tal caso, nel contesto immigratorio. L'introduzione avviene nel 2009 con l'*Aliens Consolidation Act (Bekendtgørelse af udlændingeloven)*. Secondo questa legge, quando un soggetto straniero viene espulso per motivi di sicurezza nazionale, l'organo giurisdizionale competente a decidere sull'eventuale impugnazione può nominare uno *special advocate (særlig advokat)*.

¹⁴² Per riferimenti all'utilizzo processuale di prove coperte da segreto nell'ambito del sistema italiano, v. *supra*, § 3.1.

¹⁴³ Su cui si vedano i diversi contributi pubblicati in P. COSTANZO, S. MORDEGLIA, L. TRUCCO (a cura di), *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁴⁴ Sulle modifiche alle norme relative alla definizione di terrorismo nel codice penale italiano fra il 2001 e il 2005, v. A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in R.E. KOSTORIS et al. (a cura di), *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, Torino, Giappichelli, 2016, 3 ss.

terroristiche, anche internazionali». Il *drafting* di questa norma è vago, lasciando grande discrezionalità in capo al Ministro e alle prefetture.

Oltre alla vaghezza della sua redazione, ulteriori problemi si pongono in relazione alla disciplina delle espulsioni di sospetti terroristi.

In primo luogo, gli ordini di espulsione sono immediatamente esecutivi in base al regime del 2005, derogando al funzionamento ordinario dell'espulsione dello straniero.

In secondo luogo, per procedere all'espulsione non vi è necessità di attendere autorizzazione giurisdizionale, con manifesta violazione delle garanzie poste dall'art. 13 della Costituzione¹⁴⁵. Vieppiù, il T.A.R., presso il quale sia stato incardinato l'eventuale ricorso avverso il provvedimento di espulsione, non ha il potere di sospendere l'esecuzione¹⁴⁶.

In terzo luogo – e questo è il punto di maggior interesse per la presente analisi – se i motivi per i quali si procede all'espulsione sono coperti da segreto di Stato, si può sospendere il ricorso, eventualmente proposto, contro il provvedimento di espulsione¹⁴⁷ per due anni, al termine dei quali, se il segreto continua a sussistere, il giudice può ugualmente decidere sulla base delle sole informazioni a sua disposizione. Tale norma è ancora in vigore e rappresenta il modo in cui l'ordinamento italiano si rapporta con il problema dei materiali segreti nell'ambito dei procedimenti di espulsioni¹⁴⁸.

Inoltre, soprattutto dopo gli attentati che hanno funestato l'Europa a partire dal 2015, il problema delle espulsioni come misura antiterrorismo si acuisce ancora di più in Italia, nella misura in cui si inizia ad utilizzarle per fare fronte a varie forme di propaganda terroristica difficilmente inquadrabili nelle fattispecie penali dell'apologia o dell'incitamento al terrorismo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Questa norma è stata poi abrogata dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, c.d. Codice del processo amministrativo.

¹⁴⁶ Anche tale norma è abrogata dal d.lgs. 104/2010.

¹⁴⁷ Di competenza del T.A.R. in primo grado e del Consiglio di Stato in grado di appello.

¹⁴⁸ Si noti, peraltro, che in materia di espulsioni la giurisprudenza italiana ha mostrato un approccio piuttosto deferente. Il giudice amministrativo considera la decisione di ricorrere all'espulsione ex d. lgs. 144/2005 un atto di "alta discrezionalità" dell'Esecutivo, cosa che impedisce l'ingerenza delle corti (*ex multis*, T.A.R. Lazio, 23 marzo 2006, n. 5070, c.d. caso dell'Imam di Varese). L'unico caso in cui il giudice può intervenire è qualora la decisione di espellere l'individuo sia «manifestamente irragionevole o illogica». V., su questi aspetti, M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali: profili di costituzionalità dell'espulsione ministeriale*, in F. DAL CANTO, P. CONSORTI, S. PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, Pisa University Press, 2016, 69 ss.

¹⁴⁹ Si perpetua l'atteggiamento deferenziale della giurisprudenza amministrativa sul punto. Ad esempio, secondo Cons. Stato, 4471/2015, la valutazione circa la necessità di espulsione di un soggetto sulla base di motivi di sicurezza nazionale (nel caso di specie,

Recentemente, poi, la l. 46/2017¹⁵⁰ ha previsto che, nei casi di espulsione per terrorismo internazionale ai sensi del d.l. 144/2005, si possa utilizzare il c.d. rito abbreviato.

Lo spaccato ordinamentale qui considerato mette in luce come, anche dal punto di vista dei rapporti fra Esecutivo e Giudiziario, il piano sia prettamente inclinato a favore del primo. Seppure secondo prospettive diverse e seguendo schemi non sovrapponibili, tanto i sistemi di *common law* quanto quelli di *civil law* stanno compattamente dimostrando questa tendenza.

Lo scenario risultante presenta una chiara torsione dell'assetto tradizionale dei rapporti fra poteri, che si osserva, peraltro, in contesti istituzionali tra loro molto diversi e addirittura, in alcuni casi e per alcuni aspetti, non tradizionalmente comparabili.

È anche d'interesse il ruolo che, nelle questioni di sicurezza nazionale, il formante giurisprudenziale gioca in maniera via via crescente anche nei contesti di *civil law*. Tuttavia, l'espansione del ruolo della giurisprudenza non è volto, come si potrebbe pensare, ad una maggiore affermazione delle proprie posizioni, ma molto spesso, le corti paiono intervenire con la finalità di "autolimitare" il proprio potere: si pensi alle decisioni in materia di segreto di Stato che qui si è avuto modo di ripercorrere.

attività di proselitismo in base a dottrine islamiste estremistiche) spetta unicamente all'autorità di pubblica sicurezza, salvo quando si ravvisino la manifesta irragionevolezza o la totale carenza dei presupposti. V., ancora, M. MONTI, *op. cit.*

¹⁵⁰ L. 13 aprile 2017, n. 46, di conversione del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13.

CAPITOLO III

LA LOTTA AL TERRORISMO INTERNAZIONALE: IMPATTO SULLE DINAMICHE DELLA FORMA DI STATO

SOMMARIO: *Introduzione*. – SEZIONE I. 1. *Privacy* e protezione dei dati personali: evoluzione e contestualizzazione nella prospettiva statunitense. – 2. *Privacy* e protezione dei dati personali: evoluzione e contestualizzazione nella prospettiva europea – 3. *Privacy* e protezione dei dati personali: relazioni reciproche e analogie. – 4. Terrorismo e sorveglianza delle comunicazioni. – 4.1. *Case-study*: la Francia e la *loi sur le renseignement*. – 4.2. *Case-study*: l'Italia e la disciplina sulla *data retention*. – 5. Terrorismo e scambio transnazionale di dati. – 5.1. La disciplina dell'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) tra Unione europea e Paesi terzi. – 5.2. Il *Terrorist Finance Tracking Program*. SEZIONE II. 1. La libertà di espressione nella prospettiva statunitense. – 2. La libertà di espressione nella prospettiva europea. – 3. Le sfide del terrorismo alla libertà di espressione: il messaggio “radicalizzante”. – 3.1. Le risposte dei legislatori al c.d. *terrorist speech*. – 3.1.1. *Case-study* sul *law enforcement approach*: una comparazione tra il *Terrorism Act* 2006 britannico e il codice penale italiano. – 3.1.2. *Case-study* sull'*administrative measures approach*: una comparazione tra Regno Unito e Francia alla luce degli sviluppi euro-unitari.

Introduzione

Dopo aver analizzato l'impatto delle misure antiterrorismo sul rapporto fra i poteri dello Stato, occorre focalizzare l'attenzione su una prospettiva sostanziale, non sconnessa, ma anzi complementare, a quella vista fino a questo momento.

Di fatti, nell'influenzare la dinamica fra i poteri dello Stato, talvolta addirittura rileggendola in maniera significativa e apportando una rilevante revisione agli schemi classici, le misure antiterrorismo incidono, inevitabilmente, sui diritti dei singoli individui. Si passa, dunque, ad un punto di vista prettamente afferente alla forma di Stato, intesa come studio del rapporto fra governanti e governati e delle

relative garanzie dei diritti che il potere pubblico assicura ai cittadini¹. Pertanto, l'analisi presentata da questo Capitolo è funzionale a rilevare le ripercussioni delle misure antiterrorismo sul rapporto autorità-libertà, specularmente a quanto fatto nel Capitolo II con riferimento all'assetto dei poteri.

L'analisi viene condotta sempre con la finalità di studiare se, effettivamente, la minaccia terroristica internazionale sta "cambiando il volto" delle democrazie e se un approccio che veda sicurezza e diritti concorrere in proporzione, più che essere bilanciati, possa effettivamente essere attuato per scongiurare tale rischiosa metamorfosi.

Sulle base di questa premessa, il quadro attuale di risposta al terrorismo apre la strada ad alcune osservazioni preliminari.

Le misure di contrasto al terrorismo internazionale, adottate su scala globale dal 2001 all'età contemporanea, si caratterizzano per il fatto di avere un impatto sulla quasi totalità dei diritti garantiti agli individui dalle costituzioni nazionali e dagli strumenti giuridici di carattere internazionale e sovranazionale, che vengono sovente compressi e violati².

Tuttavia, non si può omettere di rilevare come, negli anni recenti, il fattore tecnologico stia assumendo un ruolo importante non solo nella vita degli individui, ma anche nel modo di esercizio e godimento dei diritti e si può forse dire che stia contribuendo a fondare un nuovo costituzionalismo³. Un'ampia parte di diritti dell'individuo trova la propria estrinsecazione in rete, dove è possibile scambiare idee, opinioni, più in generale esprimersi e comunicare. La libera manifestazione del proprio pensiero assume forme nuove e si profilano inedite modalità per il suo

¹ S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II,2, Milano, Giuffrè, 2008, 1132. V. anche M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2007.

² Cfr. A. SALINAS DE FRÍAS, *Counter-Terrorism and Human Rights in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Press, 2012. L'A., nel ripercorrere la giurisprudenza della Corte EDU relativa alle misure antiterrorismo, suddivide le relative sentenze a seconda del diritto violato, facendo riferimento al catalogo della CEDU. Si osserva, dalla lettura dell'opera citata, che l'intero novero di diritti contenuti nella Convenzione è stato ritenuto in qualche caso violato a causa di misure antiterrorismo poste in essere a livello statale.

³ V. P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, relazione al Convegno di Salerno 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in *Rassegna parlamentare*, 2012, 811 ss., secondo il quale, pur avendo il costituzionalismo subito una metamorfosi in ragione dello sviluppo tecnologico, esso deve mantenere intatta la sua «vocazione di presidio dei diritti individuali». V. anche ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. FROSINI et al. (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Le Monnier Università, 2017, 3 ss.

esercizio. Allo stesso tempo, le comunicazioni, la pubblicazione di contenuti su piattaforme digitali, ma anche il semplice “passaggio” *online* di un individuo generano enormi quantità di dati, la cui sorte necessita di essere definita e i quali devono essere sottoposti ad un regime di protezione nella misura in cui costituiscono dati personali.

Il fatto che il *web* – e gli strumenti tecnologici in generale – abbia un ruolo così rilevante nella vita delle persone, tanto da portare a dire che ciascuno individuo costruisca in rete una propria identità⁴, ha reso la rete stessa oggetto di attenzione da parte dei legislatori che si sono trovati a prendere misure di contrasto al terrorismo internazionale. A fini di monitoraggio e indagine circa potenziali attività terroristiche, la rete e gli strumenti tecnologici in generale tendono, al giorno d’oggi, a subire un forte controllo da parte delle autorità pubbliche – a livello nazionale, ma anche sovranazionale –, con relativa potenziale limitazione di quei diritti esercitabili in rete o grazie ad altri mezzi di comunicazione c.d. digitali. Ne sono esempio le tecniche di sorveglianza di massa, la raccolta e analisi di dati con finalità di indagine, l’impiego di algoritmi e tecnologie di *machine learning* per rilevare la diffusione di eventuali messaggi radicalizzanti. Diritti quali la *privacy*, la protezione dei dati personali, la libertà di espressione costituiscono le principali “vittime collaterali” di tali misure. Per questo motivo, nell’indagare il rapporto autorità-libertà in relazione alle misure antiterrorismo, questo Capitolo sceglie come principale *focus* la *privacy* e la protezione dei dati personali, oggetto della Prima Sezione, e libertà di espressione, punto chiave della Seconda Sezione.

Quanto affermato sopra non deve portare, tuttavia, a ritenere che il coinvolgimento di altri diritti di carattere maggiormente “tradizionale”, come la vita, la libertà personale, il diritto di non essere sottoposti a tortura, la libertà di circolazione, i diritti emergenti dal principio del giusto processo cessino di essere oggetto di bilanciamento con la sicurezza ad opera degli istituti giuridici volti a contrastare il terrorismo internazionale⁵. Tuttavia, i diritti che presentano un collegamento più evidente con la tecnologia – perché quest’ultima contribuisce ad

⁴ Sui rapporti fra identità e (anche) tecnologia, v. L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell’identità individuale nell’ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2004, *passim*.

⁵ Cfr. A. SALINAS DE FRÍAS, *op. cit.* V. anche F. NÍ AOLÁIN, *How Can States Counter Terrorism While Protecting Human Rights?*, in 45 *Ohio Northern University Law Review*, 2019, 389 ss. L’A., nel sostenere che la retorica sicurezza *vs.* diritti costituisca un “mito sbagliato” delle *counter-terrorism policies*, sottolinea come tali misure impattino su un altissimo novero di diritti, dalla libertà personale – vengono richiamati i c.d. *Guantánamo cases* – alla *privacy*, con le misure di sorveglianza massiva.

allargare il loro perimetro di esercizi, ad esempio sulle piattaforme *online*, oppure perché è grazie alla tecnologia che si può procedere a loro eventuali limitazioni – costituiscono indubbiamente “l’ultima frontiera” dei mezzi di lotta al terrorismo internazionale. Non solo. A queste misure che apparentemente bilanciano diritti come *privacy* o libertà di espressione con la sicurezza nazionale conseguono spesso, si potrebbe dire quasi “in sordina”, violazioni di altri tipi di diritti, ad esempio quelli derivanti dai canoni del giusto processo. Pertanto, l’interazione tra diritti, sicurezza e tecnologia costituirà l’oggetto precipuo di questo Capitolo, dato che la tecnologia si insinua sempre più nelle dinamiche della forma di Stato.

La Sezione Prima, nello specifico, si propone di analizzare l’impatto delle politiche antiterrorismo, e delle conseguenti misure, sul diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali. In primo luogo, ci si sofferma sul profilo teorico relativo a queste situazioni giuridiche soggettive. In tale sede, si tiene conto del fatto che il diritto alla *privacy* è “nato” negli Stati Uniti, dove le sue prime teorizzazioni hanno effettivamente avuto luogo, ma ha poi trovato terreno più fertile, nell’ambito della sua evoluzione, nel contesto giuridico europeo. È opportuno, inoltre, su un versante ancora marcatamente teorico, riflettere sulla differenza fra *privacy* e protezione dei dati personali, ricostruendo le teorie dottrinali sul tema delle interrelazioni fra i due diritti. Al termine di tale disamina, ci si sofferma sul profilo pragmatico, per esaminare in concreto le misure antiterrorismo che, mirando alla conservazione e analisi di dati di individui – c.d. tecniche di sorveglianza di massa –, nonché allo scambio di tali informazioni con finalità di prevenzione del crimine, hanno l’effetto di apportare rilevanti limitazioni, laddove non vere e proprie privazioni, rispetto ai diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati personali.

La Sezione Seconda, poi, si incentra sulle ripercussioni sulla libertà di espressione. Anche qui, l’analisi parte dagli aspetti teorici e tiene in considerazione sia la prospettiva statunitense sia quella europea, al fine di far risaltare, anche in questo caso, le differenze – almeno tradizionalmente – sussistenti tra i due sistemi. Ci si focalizza poi sugli aspetti pratici, spiegando come limitazioni importanti di tale libertà si stanno rendendo necessarie per contrastare il c.d. discorso terroristico.

SEZIONE I

1. *Privacy* e protezione dei dati personali: evoluzione e contestualizzazione nella prospettiva statunitense

Il diritto a non vedere invasi i propri spazi privati ha origini risalenti. Anche se gli Stati Uniti sono considerati la “culla” del diritto alla *privacy*, le sue origini si devono, ancor prima, alla tradizione di *common law* inglese¹, poi passata attraverso l’esperienza coloniale, che ha dato vita al Quarto Emendamento, sul quale Warren e Brandeis hanno poi costruito le proprie teorie². Fin dal XVII-XVIII secolo³, le regole di *common law* sanzionano con la nullità i c.d. *general warrant*, ossia i mandati in base ai quali le autorità pubbliche di *law enforcement* possono perquisire gli spazi privati di una persona, pur sospettata di reato, senza autorizzazione giurisdizionale⁴.

¹ C.d. *castle doctrine*. V. sul tema L.P. VANONI, *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e datagate: Security v. Privacy*, in *Federalismi.it*, 1/2015, spec. nota 4.

² V. *infra*.

³ Per riferimenti alla tradizione inglese precedente a questo periodo, si rinvia a W.J. CUDDIHY, *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 28 ss. In particolare, l’A. mette in luce come, in epoca precedente ai Tudor, la problematica dell’invasione degli spazi personali esistesse in relazione agli istituti di *search*, *seizure* e *arrest*. Si trattava della possibilità di intrusione, da parte del potere costituito, negli spazi privati dell’individuo, con finalità di ricerca della prova in caso di sospetti di reato. Prima dell’epoca Tudor, la questione era scarsamente regolata e, non di rado, era possibile che tali atti di interferenza venissero posti in essere direttamente dalla persona offesa o dai suoi familiari. Con l’avvento della dinastia Tudor, poi, le ipotesi di *search and seizure* vengono positivizzate, nonché il loro numero aumenta. Questo permette un incremento delle situazioni in cui le autorità pubbliche possono introdursi negli spazi privati del singolo. Si sviluppa in questo periodo il concetto di *unreasonable search and seizure*, ossia il caso in cui queste misure non sono giustificate da ragioni oggettive e inizia a farsi strada l’idea che si tratti di interferenze illegali.

⁴ Una sintesi dell’approccio proprio del *common law* in quel periodo viene riportata da M. HALE, *History of the Pleas of the Crown*, London, Sollom Emlyn, vol. 2, 150. Secondo tale fonte, è necessaria la previa autorizzazione di un giudice che abbia vagliato i motivi di sospetto e li abbia ritenuti perlomeno potenzialmente fondati. V. anche T.Y. DAVIES, *Recovering the Original Fourth Amendment*, in 98 *Michigan Law Review* (1999), 547 ss., spec. 620 ss. Si veda, sul versante giurisprudenziale del XVIII secolo, *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep. 768, 769 (Common Pleas 1763); *Entick v. Carrington*, 95 Eng. Rep. 807, 817–18; 19 Howell’s State Trials 1029, 1066 (Common Pleas 1765). In tali contesti, le corti sottolineano come sia necessaria un’autorizzazione *a priori* di carattere giurisdizionale, con finalità di supervisione sull’operato delle forze di *law enforcement*, strettamente legate al potere esecutivo.

Successivamente, nel periodo di tensione fra madrepatria e colonie, nell'ambito della contrapposizione correlata all'imposizione fiscale da parte della prima sulle seconde, la Corona inglese inizia ad utilizzare i c.d. *writs of assistance*, che permettono all'autorità pubblica di irrompere nelle dimore dei coloniali ed esercitare qualsiasi tipo di perquisizione in caso di sospetto per qualsivoglia genere di reato. Il *writ of assistance* viene non di rado contestato giudizialmente, adducendo che esso può essere considerato alla stregua di uno strumento di schiavitù nei confronti dei coloni. Perlomeno inizialmente, le corti rimangono sorde rispetto a tali contestazioni e il Governo britannico continua indisturbato a perseverare nell'imposizione di tali misure. Tale approccio contribuisce a dare vita alla rivoluzione americana⁵.

Una volta affrancatisi dal dominio britannico, gli ex coloni decidono di positivizzare il divieto di ingiustificata ed eccessiva interferenza da parte dello Stato e danno vita al Quarto Emendamento, secondo il quale «[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized».⁶ Tale divieto protegge i cittadini contro indebite interferenze nella loro proprietà e nei loro effetti personali (quali, ad esempio, la corrispondenza, esplicitamente menzionata) da parte dei poteri pubblici.

L'elaborazione del diritto alla *privacy* nel contesto statunitense, si deve, successivamente, a Samuel Warren e Louis Brandeis, i quali pubblicano, nel 1890, un saggio sulla *Harvard Law Review*⁷. In questo scritto, viene discusso il concetto di

⁵ V. D. GRAY, *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 69 ss.

⁶ Il testo ufficiale della Costituzione americana e del *Bill of Rights* è disponibile al seguente link: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>. Sull'adozione del Quarto Emendamento e lo svolgimento del relativo processo di *drafting*, si veda L.K. DONOHUE, *The Original Fourth Amendment*, in 83 *University of Chicago Law Review* (2016), 1181 ss., spec. 1298 ss. In particolare, il contributo citato ricostruisce il processo di scrittura del Quarto Emendamento, la cui prima versione, presentata da Madison, si caratterizza per il fatto di seguire in maniera abbastanza pedissequa la formulazione della Costituzione del Massachusetts. Si rammenta che tale Costituzione, redatta nel 1780 da Adams, già sanciva espressamente il diritto di ciascun individuo «to be secure from all the unreasonable search and seizure of his person, his house, his papers, and all his possessions». Sul tema, si rinvia a T.K. CLANCY, *The Framers Intent: John Adams, His Era, and the Fourth Amendment*, in 86 *Indiana Law Journal* 2011, 979 ss. L'a. (spec. 992 ss.) sottolinea come Adams avesse prestato la propria opera di legale in una serie di *writ of assistance cases*.

⁷ S. WARREN, L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in 4 *Harvard Law Review* 1890, 193 ss.

*right to privacy*⁸, evidenziando che il diritto, proprio di ogni individuo, alla tutela della propria persona e proprietà, deve adattarsi ai bisogni creatisi a causa dello sviluppo delle invenzioni del tempo, ad esempio le fotografie istantanee⁹. Perciò, il diritto alla *privacy* – costruito in termini di *right to be let alone*¹⁰ – viene riconosciuto come una situazione giuridica soggettiva di carattere fluido e mutevole, che si adatta ai cambiamenti sociali, economici e anche politici¹¹. E, in effetti, bisogna riconoscere che il momento storico in cui Warren e Brandeis pubblicano il proprio articolo costituisce una parentesi di rilevanti cambiamenti nella storia statunitense. Basti tenere a mente che l’aumento della popolazione, principalmente dovuto al fenomeno immigratorio, aveva raggiunto proporzioni rilevanti, con conseguente intensificazione dell’urbanizzazione e, come sottolineato dagli stessi Warren e Brandeis, della «intensity and complexity of life»¹². Quest’ultimo fenomeno sarebbe, secondo i due autori, alla base di un’augmentata interferenza con il diritto alla *privacy*,

⁸ Si ritiene, più precisamente, che il diritto alla *privacy* sia stato “inventato” da Warren e Brandeis, che lo avrebbero specificato come diritto autonomo, anche rispetto al Quarto Emendamento, al quale è stato poi esplicitamente legato, a livello di elaborazione giurisprudenziale, in un momento successivo. V. D.J. GLANCY, *The Invention of the Right to Privacy*, in 21 *Arizona Law Review* (1979), 1 ss. In effetti, se si legge attentamente l’intero articolo di Warren e Brandeis, si nota che, in verità, non viene mai menzionato il Quarto Emendamento, bensì il diritto alla *privacy*, nell’accezione fatta propria dai due autori, viene riferito solamente al *common law*. In verità, però, la dizione “*right to privacy*” non è totalmente nuova, essendo già stata usata, al tempo in cui Warren e Brandeis scrivono, da altri autori. Si veda, ad esempio, T. COOLEY, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston, Little Brown and Company, 1880, 210.

⁹ *Ibid.*, 195.

¹⁰ S. WARREN, L. BRANDEIS, cit., 195. La locuzione “*right to be let alone*” era già stata precedentemente usata, come notato dagli stessi Warren e Brandeis. V. T. COOLEY, *Treatise on the Law of Torts*, Chicago, Callaghan & Co., 1879, 29. Pertanto, come già visto (cfr. *supra*, nota 8), quella di Warren e Brandeis non pare una “invenzione”, nel senso proprio del termine; piuttosto, deve essere loro attribuito il merito di aver ricondotto sotto il concetto di *right to privacy* una serie di situazioni giuridiche precedentemente elaborate, nonché di aver chiaramente enucleato il carattere fluido e mutevole – soprattutto rispetto alle circostanze contingenti e agli sviluppi sia della società sia della tecnica – di tale diritto.

¹¹ Il diritto alla *privacy* viene concepito come legato ai diritti di *life* e *property*, sulla cui evoluzione storica nel contesto di *common law* si soffermano Warren e Brandeis nella parte iniziale dell’articolo. Il collegamento fra queste situazioni giuridiche soggettive e il diritto alla *privacy* deve rinvenirsi, secondo i due autori, nel fatto che sia il diritto alla vita sia quello alla proprietà devono essere concepiti non più solo nella loro accezione fisica e materiale, ma è necessario che si tenga conto anche, rispettivamente, del *legal value of sensations* (che può essere considerato la base su cui punire non solo la privazione della vita, ma anche il mero tentativo) e degli aspetti intangibili della proprietà (si pensi, a tal proposito, alla protezione del *copyright*).

¹² S. WARREN, L. BRANDEIS, cit., 196.

che indubbiamente porta alla necessità di problematizzazione del suo intrinseco significato. Inoltre, i primi passi del progresso tecnologico iniziano ad apparire evidenti. Vi è una serie di nuovi strumenti che, se da un lato migliorano le potenzialità comunicative, dall'altro rendono inevitabilmente più facile l'accesso esterno alla vita privata del singolo¹³. A Warren e Brandeis deve essere ascritto il merito, con le teorie elaborate nell'articolo in questione, di aver raccolto sotto il nome di *right to privacy* una serie di situazioni giuridiche che, prima di quel momento, non erano sconosciute, ma necessitavano di essere trasposte sotto un "comune denominatore" che desse loro classificazione organica¹⁴, nonché di aver chiarito come la nozione e il contenuto del diritto alla *privacy* necessitino di continuo aggiornamento in relazione ai fenomeni sociali.

Nonostante il diritto alla *privacy* sia nato e si sia sviluppato negli Stati Uniti, nel secolo successivo a quello in cui Warren e Brandeis scrivono tale diritto non gode di ampia considerazione nel contesto statunitense, soprattutto nel panorama giurisprudenziale.

Negli anni '70 del XX secolo, la Corte Suprema degli Stati Uniti elabora la c.d. *third-party doctrine*¹⁵. In base ad essa, il diritto alla *privacy* è una situazione giuridica facilmente limitabile. La Corte afferma che qualora un individuo ceda volontariamente a soggetti terzi informazioni riguardanti se stesso, queste ultime non devono considerarsi tutelate dal Quarto Emendamento¹⁶.

¹³ Si pensi all'invenzione del telefono, del telegrafo, di macchine fotografiche più facilmente trasportabili rispetto al passato, nonché alla c.d. *newspaperization* (il termine, coniato invero in epoca successiva, si deve a H. JAMES, *Prefation to The Reverberator, Madame de Mauves, A Passionate Pilgrim and other Tales*, New York, Charles Scribner's Sons, 1950), ossia la diffusione sempre più capillare di notizie a mezzo stampa.

¹⁴ Cfr. *supra*, nota 8.

¹⁵ Si vedano, in particolare, i casi *Katz v. United States* 389 U.S. 347 (1967), *United States v. Miller* 425 U.S. 435 (1976) e *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979). Nella decisione *Katz*, nello specifico, la Corte Suprema afferma che «a person has no legitimate expectation of privacy in information he voluntarily turns over to third parties». Di qui, lo *standard* del *reasonable expectation of privacy* (c.d. *Katz test*), utilizzato dalle corti per determinare se la protezione garantita dal Quarto Emendamento entri in gioco o meno nelle situazioni a loro sottoposte. Le decisioni *Miller* e *Smith* riguardavano, rispettivamente, l'utilizzo di registrazioni telefoniche e di dati bancari. Entrambe le categorie di dati vengono ritenute non rientranti nell'ambito di tutela del Quarto Emendamento, in quanto consapevolmente cedute a terzi. In generale, le corti hanno ritenuto che sia *reasonable* tutto ciò che l'opinione pubblica potrebbe aspettarsi. A questo proposito, parte della dottrina tende a ritenere questo un *test* di natura oggettiva e non soggettiva. Si veda in questo senso C. ROBERSON, *Constitutional Law and Criminal Justice*, Boca Raton, London and New York, CRC Press, 2016, 50.

¹⁶ Non rientrando, nello specifico, nella definizione di *search*. Su quest'ultima, la Corte Suprema statunitense si era espressa con la decisione *Katz v. United States* 389 U.S. 347

Se, nel momento in cui viene teorizzata, la *third-party doctrine* ha un'applicazione piuttosto limitata, dovuto ad uno sviluppo non ancora completo della tecnologia, nella c.d. *digital age* essa legittima, almeno potenzialmente, significative intrusioni delle autorità pubbliche¹⁷.

E nemmeno la giurisprudenza degli ultimi anni – nei quali lo sviluppo della tecnologia viene combinato con l'esistenza della minaccia posta dal terrorismo internazionale, esplosa nel 2001 e caratterizzata da un continuo e mutevole crescendo – ha mostrato una svolta decisa verso una migliore protezione della vita privata degli individui, anche se non sono mancate alcune aperture, in particolare in due *concurring opinions* della decisione *United States v. Jones*¹⁸, riguardante la tecnologia GPS. In questo caso, l'*opinion of the court* ha dichiarato l'incostituzionalità dell'installazione di GPS su veicoli, da parte della polizia a fini investigativi e senza l'autorizzazione di un giudice. Le *concurring opinions* (la prima del giudice Sotomayor, la seconda del giudice Alito), però, sono di interesse ancora maggiore. Nella prima, si afferma che l'installazione di GPS non solo viola il Quarto Emendamento nel caso in cui venga attuata con finalità investigative (come ritenuto dal *reasoning* di maggioranza), ma anche, a prescindere dalla finalità, quando essa comporti l'intrusione del Governo in una qualsiasi «constitutionally protected area». La seconda, invece, sottolinea la necessità di adeguare il c.d. *Katz test* agli sviluppi tecnologici, rilevando come ciò che poteva essere negativo all'applicazione di tale

(1967), sottolineando come ne potevano essere oggetto non solo beni tangibili, ma anche beni intangibili. È opportuno notare che, se da un lato ciò rende possibile un ampio accesso delle autorità pubbliche ai dati degli individui, dall'altro il momento storico in cui queste decisioni vengono pronunciate vede uno sviluppo della tecnologia ancora piuttosto scarso. È perciò chiaro che, più i mezzi tecnologici avanzano, più la dottrina della *third party* risulta problematica.

¹⁷ Tanto che, negli anni caratterizzati da un forte sviluppo della tecnologia – e, allo stesso tempo, la minaccia del terrorismo internazionale era già esplosa – la dottrina iniziò a premere per una rivisitazione della *third-party doctrine*. C. SLOBOGIN, *Privacy at Risk: The New Government Surveillance and the Fourth Amendment*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, spec. 140 ss.; R.A. EPSTEIN, *Privacy and the Third Hand: Lessons from the Common Law of Reasonable Expectations*, in 24 *Berkeley Technology Law Journal* 2009, 199 ss.; S.H. HENDERSON, *The Timely Demise of the Fourth Amendment Third Party Doctrine*, in 96 *Iowa Law Review Bulletin* 2011, 396 ss.; non mancano voci *contra*, es. O. KERR, *The Case for the Third Party Doctrine*, in 107 *Michigan Law Review* (2009), 561, il quale sostiene che la *third-party doctrine* abbia la funzione chiave di garantire la neutralità tecnologica della *Fourth Amendment clause* e, d'altra parte, non si può sostenere che essa dia al Governo un potere eccessivo, in quanto esistono svariate alternative (l'A. porta l'esempio del Primo Emendamento o delle *policies* interne degli enti che ricevono i dati) le quali permettono all'individuo di godere di un certo grado di protezione.

¹⁸ *United States v. Jones* 132 S. Ct. 945 (2012).

standard negli anni '70 debba essere ripensato alla luce dei recenti avanzamenti della tecnologia.

In *Riley v. California*¹⁹, similmente, la Corte Suprema riconosce l'impellente necessità di adattare le garanzie di *privacy* fornite dalla Costituzione – *rectius*, dalla sua interpretazione – all'evoluzione della tecnologia. La Corte afferma la necessità di un *warrant* separato ai fini della perquisizione del telefono cellulare di una persona arrestata. Tale ulteriore *caveat* sarebbe necessario, come emerge dall'opinione di maggioranza, scritta dal Chief Justice Roberts, a causa del fatto che i moderni *smartphone* potrebbero contenere un numero molto più ampio di informazioni rispetto all'abitazione o ad altri effetti personali²⁰.

Dunque, se è vero che, nel contesto statunitense, il diritto alla *privacy* appare così facilmente limitabile, è necessario anche rilevare il ruolo chiave della giurisprudenza nel “dare corpo” alla disciplina piuttosto scarna posta dal Quarto Emendamento.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha determinato che il Quarto Emendamento non si applica neppure quando le autorità di *law enforcement* pongono in essere intrusioni della vita privata di *cittadini non americani* che si trovino *in territorio non americano*²¹. È il caso delle intercettazioni di comunicazioni tra cittadini americani e cittadini stranieri, qualora la comunicazione avvenga su territorio non statunitense. Naturalmente, il principio è valido anche qualora l'interferenza da parte governativa nella vita privata non venga attuata con mezzi “fisici”, bensì venga impiegata la tecnologia.

La fattispecie della comunicazione cittadino americano-cittadino straniero viene disciplinata dal *Foreign Intelligence Surveillance Act*²² (nel prosieguo, FISA), la cui versione originaria risale al 1978 e fu approvata a seguito degli scandali emersi durante la presidenza Nixon. Esso disciplina la fattispecie di sorveglianza appena delineata da un punto di vista procedurale²³ e ha subito diverse modifiche, la più

¹⁹ 573 US ____ (2014)

²⁰ Si veda, in termini simili, *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), in cui la Corte Suprema ha ritenuto che l'accesso, da parte dell'FBI, allo storico delle localizzazioni GPS ottenibili con la sorveglianza degli *smartphones* costituisce un *search* ai sensi del Quarto Emendamento e che, di conseguenza, il Governo non può porre in essere tale misura in mancanza di un *warrant*, cosa che era prima considerata possibile.

²¹ *United States v. Verdugo Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990). Per la descrizione specifica del caso, si veda D. COLE, F. FABBRINI, *Bridging the transatlantic divide?: The United States, the European Union, and the protection of privacy across borders*, in 14 *International Journal of Constitutional Law* 1/2016, 220, 228.

²² Public Law 95-511 of October 25, 1978.

²³ Per una ricognizione dei contenuti originari del FISA, nonché dell'*iter* che ha portato alla sua approvazione, A.R. CINQUEGRANA, *The Walls (and Wires) Have Ears: The*

rilevante delle quali è costituita dall'introduzione della sez. 702²⁴. Tale disposizione permette di porre sotto sorveglianza le comunicazioni tra cittadini americani e stranieri senza necessità di alcuna preventiva autorizzazione²⁵ e scardinando alcuni ulteriori limiti che costituivano punti fermi all'applicazione di tale tipologia di sorveglianza nella versione originaria della legge²⁶. La sez. 702, originariamente soggetta *sunset clause*²⁷, è stata più volte rinnovata e l'ultima estensione, per ulteriori sei anni, risale al gennaio 2018²⁸.

Da un lato, il FISA non applica la garanzia del *warrant*, propria del Quarto Emendamento, ma ciò è sempre stato giustificato sulla base del fatto che la sorveglianza mira a cittadini non statunitensi che si trovano fuori dai confini americani, pertanto non si dà applicazione della Costituzione degli Stati Uniti.

Dall'altro lato, però, la giurisprudenza, a fronte dei citati sviluppi normativi, ha elaborato la c.d. *incidental overhear doctrine*, in base alla quale anche il cittadino statunitense che comunica con quello straniero "perde" le garanzie del Quarto Emendamento. La *incidental overhear doctrine* è, in realtà, una conseguenza diretta della *third-party doctrine*. Il ragionamento dei giudici sul tema può essere riassunto come segue: se un cittadino americano *consapevolmente* si rapporta con un cittadino

Background and First Ten Years of the Foreign Intelligence Surveillance Act 1978, in 137 *University of Pennsylvania Law Review* 1989, 793, 794.

²⁴ Tale modifica è avvenuta nel 2008 – in un contesto segnato dall'esplosione, già da diversi anni, della minaccia terroristica jihadista – per mezzo del FISA Amendment Act (Public Law 110-261 of October 7, 2008).

²⁵ Nella precedente versione del FISA, in vigore tra il 1978 e il 2008, le intercettazioni potevano avvenire a condizione che il Governo avesse ottenuto l'autorizzazione preventiva di un'apposita corte, la c.d. *FISA court*. Questo meccanismo, per quanto non scevro da importanti problematiche relative alla compatibilità con talune disposizioni costituzionali statunitensi – ad esempio, l'art. 3 della Costituzione, che disciplina le garanzie del potere giudiziario, e il Quinto Emendamento, che stabilisce la c.d. *due process clause* – configurava pur sempre un controllo giurisdizionale *a priori*. V., sul tema delle *FISA courts*, A.N. KORNBLUM., L.M. JACHNYCKY, *America's Secret Courts – Listening in on Espionage and Terrorism*, in 24 *Judge's Journal* 1985, 14, 15. Nel sottrarre la sorveglianza sugli stranieri a tale garanzia, la modifica del 2008 non fa altro che recepire per via legislativa quanto già affermato da parte della giurisprudenza negli anni '90.

²⁶ Ad esempio, tra il 1978 e il 2008 la sorveglianza nei confronti degli stranieri poteva essere attuata solo qualora il Governo dimostrasse che il *target* straniero fosse «a foreign power» oppure «an agent of a foreign power». Dal 2008, non è più necessaria tale dimostrazione.

²⁷ Sull'utilizzo di tale tecnica nel contesto della lotta al terrorismo, si veda Cap. II.

²⁸ *FISA Amendments Reauthorization Act*, Public Law 115-118, January 19, 2018). Per un'analisi, C. GRAZIANI, *Gli USA e la sorveglianza sugli stranieri nel post-9/11: riflessioni a margine del rinnovo della sez. 702 FISA*, in *DPCE online*, 3/2018, 601 ss.

non americano, le cui comunicazioni *sa* poter essere sottoposte a sorveglianze a prescindere dai limiti fissati dal Quarto Emendamento, allora sta implicitamente accettando che la sua “aspettativa” alla *privacy* venga diminuita e, di conseguenza, sta accettando un’intrusione nella propria vita privata. Tale sensibile diminuzione dell’aspettativa di *privacy* deriva dalla consapevole accettazione della possibilità di essere “vittima collaterale” di un’intercettazione del proprio interlocutore, al quale il Quarto Emendamento non si applica²⁹.

Pertanto, si può affermare che, se da un lato la garanzia della *privacy* nel contesto statunitense impone un *warrant* in caso di qualsiasi interferenza con la vita privata di un individuo, dall’altro lato questa regola varie molte eccezioni, anche con riguardo ai cittadini americani. Tali eccezioni sono dovute alla *third-party doctrine*, dalla quale deriva la *incidental overhear doctrine*.

Questo *background*, in una situazione di forte minaccia per la sicurezza quale è quella che caratterizza il mondo occidentale dall’11 settembre 2001 al giorno d’oggi, è in grado di aprire a forti intrusioni da parte del Governo nella vita privata dei cittadini statunitensi stessi.

2. Privacy e protezione dei dati personali: evoluzione e contestualizzazione nella prospettiva europea

Pur non avendo il diritto alla *privacy* origine nel panorama europeo, esso ha trovato in tale contesto un “terreno fertile” per il proprio sviluppo. Si è così evidenziata – perlomeno stando a quanto si è sostenuto fino a tempi recenti – una contrapposizione con lo scenario statunitense. Si è rimarcato come, in quest’ultimo, il diritto alla *privacy* è stato spesso considerato, anche precedentemente al 9/11, di carattere

²⁹ Si veda, in giurisprudenza: *United States v. Muhtorov* (187 F. Supp. 3d 1240 (D. Colo. 2015)); *United States v. Mohamud* (843 F.3d 420 (9th Cir. 2016)); *United States v. Hasbajrami* (1:11-cr-00623 (E.D.N.Y. 2016)). Si noti che la Corte Suprema statunitense non si è ancora pronunciata sul punto. La dottrina ha criticato il fatto che, in queste decisioni, le corti distrettuali hanno considerato la *incidental overhear doctrine* come una vera e propria eccezione al requisito del *warrant*, in verità mai esplicitamente validata dalla Corte Suprema. Si veda, in questo senso, E. GOITEIN, *Another Bite out of Katz: Foreign Intelligence Surveillance and the Incidental Overhear Doctrine*, in *55 American Criminal Law Review* 105, 115, 2017. Peraltro, si è notato in dottrina – anche precedentemente all’emergere della *incidental overhear rule* – che, in base alla *third-party doctrine*, si perde certamente l’aspettativa di *privacy* in relazione ai soggetti nei cui confronti avviene una *voluntary disclosure* – ossia a cui vengono volontariamente forniti dei dati personali –, ciò non implica che chi fornisce dati possa ragionevolmente aspettarsi che questi vengano poi a conoscenza non solo, ad esempio, del *service provider*, ma anche delle agenzie governative. V. C. SLOBOGIN, *Privacy at Risk: The New Government Surveillance and the Fourth Amendment*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, 151.

“recessivo”, passibile di essere scalfito in maniera rilevante, quando non addirittura messo da parte, dal fatto che il soggetto mettesse consapevolmente i propri dati a disposizione di qualcun altro. Se tale contrapposizione tra Stati Uniti ed Europa sia ancora così chiara nel contesto odierno, caratterizzato dall’incombere del terrorismo jihadista, è questione – a giudizio di chi scrive – di non agevole soluzione³⁰.

Soffermandosi sul diritto alla *privacy* in prospettiva europea, va premesso che esso viene considerato come un diritto fondamentale e viene protetto non solo dal diritto nazionale, ma anche dal livello sovranazionale e, in particolare, euro-unitario.

La Convenzione europea dei diritti dell’uomo (nel prosieguo, CEDU), da un lato, e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (nel prosieguo, Carta), dall’altro, garantiscono sia il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 della Carta, art. 8 CEDU), sia il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 Carta)³¹, pur essendo quest’ultimo tutelato in via esplicita unicamente nella seconda fonte citata.

La protezione dei dati personali, inoltre, è riconosciuta come diritto anche dall’art. 16 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (nel prosieguo, TFUE), il quale si differenzia dall’art. 8 della Carta. Pur garantendo lo stesso diritto e apparendo *prima facie* l’una il “doppio” dell’altra, le due norme assolvono a funzioni differenti. La prima rappresenta la base giuridica che legittima l’intervento delle istituzioni dell’Unione in materia di protezione dei dati personali, mentre la seconda attribuisce tale diritto ai cittadini dell’Unione e obbliga al suo rispetto sia gli individui, sia le autorità pubbliche³².

Vieppiù, nel 1981 viene adottata la Convenzione di Strasburgo sul trattamento automatizzato dei dati di carattere personale³³. Essa viene firmata in un momento

³⁰ Si veda, nel senso di ritenere almeno in parte colmato il divario fra il panorama statunitense e quello europeo a causa della minaccia posta dal terrorismo internazionale, D. COLE, F. FABBRINI, *Bridging the transatlantic divide?*, cit., 265.

³¹ Per le differenze e i rapporti fra i due, si veda *infra*, § 3.

³² Sull’art. 16 TFUE e, più in generale, per una comparazione fra l’approccio europeo e quello statunitense alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, L.P. VANONI, *Balancing privacy and national security in the global digital era: a comparative perspective of EU and US constitutional systems*, in L. VIOLINI, A. BARAGGIA (eds.), *The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe: The Role of Judicial and Non-Judicial Actors*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2018, 114 ss.

³³ Convenzione del Consiglio d’Europa n. 108 del 28 gennaio 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale. Il testo ufficiale è consultabile in <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078c45>.

precedente alla Carta e, in effetti, l'art. 8 di quest'ultima vi si conforma³⁴, così come l'art. 8 CEDU è considerato il "progenitore" dell'art. 7 della Carta. L'approccio euro-unitario al tema della *privacy* e della *data protection*, in altre parole, risente fortemente dell'impostazione propria degli strumenti sovranazionali, in particolare della CEDU e della Convenzione di Strasburgo del 1981. L'art. 7 della Carta, anzi, deve essere interpretato secondo lo stesso significato e portata dell'art. 8 CEDU³⁵.

Rimanendo sul livello euro-unitario, prima che la Carta acquisisse – grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona³⁶ – lo stesso valore giuridico dei Trattati UE, la tutela dei diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati personali era affidata a strumenti di diritto derivato³⁷. Invero, essi sono ancora presenti – seppure con importanti modifiche e, nel caso della normativa relativa alla protezione dei dati personali, sostituzioni³⁸ –, congiuntamente con le "nuove" norme di diritto

³⁴ H. KRANENBORG, *Art 8 – Protection of Personal Data*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014, 235.

³⁵ V. Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, G.U. n. C 303 del 14 dicembre 2007, 17-35. V. anche, in generale, art. 52, c. 3 della Carta.

³⁶ V. le riflessioni presentate, prima che ciò accadesse, da Weiler circa l'effettiva necessità della Carta per migliorare la tutela dei diritti in Europa. J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2002, 521 ss. Sempre sulla necessità, o meno, di trasformare l'Unione europea in un'organizzazione a tutela dei diritti, A. VON BOGDANDY, *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in 37 *Common Market Law Review*, 1307 ss. Nella prospettiva *post-* Trattato di Lisbona, invece, si veda B. CORTESE, *La protezione dei dati a carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2/2013, 313 ss. Sui rapporti fra la Carta e il fallito progetto di Costituzione per l'Europa, M. CARTABIA, *La scrittura di una Costituzione europea e i poteri dei giudici*, in www.astridonline.it, 2004.

³⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, G.U. n. L 281 del 23/11/1995, 0031-0050; Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, G.U. n. L 201 del 31 luglio 2002, 37-47.

³⁸ La Direttiva 95/46/CE, cit., che costituiva il principale strumento a livello comunitario per la protezione dei dati personali, è stato sostituito dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, G.U. n. L 119 del 4 maggio 2016, 1-88. V., sul punto, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, Giappichelli, 2016; si vedano anche P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *Consulta OnLine*, 3/2016, 332 ss.

primario³⁹, a formare il quadro europeo di tutela di *privacy* e *data protection*⁴⁰.

L'art. 8 CEDU, che garantisce il rispetto della vita privata e familiare, si ispira a sua volta agli artt. 12 e 29 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani⁴¹. Il concetto di *privacy* fatto proprio dalla CEDU rinviene una dimensione negativa – *right to be let alone* – e una positiva – azioni concrete da parte dello Stato per proteggere gli individui da intrusioni nella propria vita privata e familiare⁴² – di questo diritto.

Il diritto alla vita privata e familiare nel contesto europeo – si noti che non viene utilizzata la parola *privacy*⁴³ – non è, come d'altronde anche nel panorama statunitense, un diritto assoluto, ma può essere soggetto a restrizioni. Queste ultime

e, con riferimento alle misure, introdotte dal Regolamento, volte a garantire l'indipendenza delle Autorità Garanti, A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it*, 4/2018.

³⁹ Le si identifica come “nuove” in quanto diventano diritto primario solo grazie al Trattato di Lisbona. L'art. 16 TFEU, invece, corrisponde all'art. 286 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE). Le due versioni presentano rilevanti differenze. L'art. 286 TCE si limita a stabilire l'applicabilità degli atti – di diritto derivato – riguardanti la protezione dei dati personali alle istituzioni e agli organismi istituiti dal Trattato stesso.

⁴⁰ È rilevante osservare come, prima del Trattato di Lisbona, gli atti normativi relativi a *privacy* e protezione dei dati personali rispondano alla logica del mercato comune, in quanto le loro basi giuridiche sono afferenti al c.d. primo pilastro, relativo all'armonizzazione del mercato interno. L'armonizzazione delle regole in tema di *privacy* è considerata funzionale ad una maggiore fluidità del mercato e all'attuazione della libera concorrenza. Sull'utilizzo delle basi giuridiche in materia di *data protection*, H. HUMANS, A. SCIROCCO, *Shortcomings in EU Data Protection in the Third and Second Pillars. Can the Lisbon Treaty Be Expected to Help?*, in 46 *Common Market Law Review*, 1485-1525, *passim*.

⁴¹ Il testo di quest'ultima è consultabile in https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf. L'art. 12 vieta interferenze arbitrarie nella vita privata e familiare degli individui, mentre l'art. 29 fissa, in via generale, le condizioni per le limitazioni dei diritti. Si è ritenuto che la formulazione dell'art. 12 della Dichiarazione Universale – e, poi, quella dell'art. 8 CEDU – identifichi una categoria ancora diversa rispetto al concetto elaborato negli Stati Uniti da Warren e Brandeis, che vede la *privacy* come un *right to be left alone*. W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2015, 358. Tra l'altro, in sede di lavori preparatori della Dichiarazione Universale, si è osservato che un diritto al rispetto della vita privata e familiare era già presente nelle costituzioni di Belgio, Danimarca, Grecia, Islanda, Lussemburgo, Olanda, Norvegia e Svezia.

⁴² Sulla dimensione “positiva” di tale diritto, *ex multis*: Corte EDU, Grande Camera, *Söderman c. Svezia*, ric. 5786/08, 12 novembre 2013.

⁴³ Ciò dipende dal ruolo giocato dalla lingua francese nel processo di *drafting* della CEDU. La formulazione originale è «vie privées», che si è ritenuta non resa bene dall'inglese *private life* o *privacy*. V. in senso esplicativo W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, cit., 369.

– considerando sempre, per il momento, il contesto sovranazionale ed euro-unitario – devono rispettare il principio di proporzionalità. Con riferimento alla CEDU, le regole per imporre limitazioni sono fissate dal secondo comma dello stesso art. 8, mentre le restrizioni ai diritti *ex artt.* 7 e 8 della Carta devono rispondere ai requisiti dell’art. 52, che fissa il principio di proporzionalità. Per quanto riguarda il secondo comma dell’art. 8 CEDU, esso dispone che possono esserci invasioni nella vita privata e personale degli individui qualora l’ingerenza in questione sia «prevista dalla legge» e necessaria in una «società democratica» al fine di proteggere vari interessi, tra cui la sicurezza nazionale⁴⁴.

Sul versante euro-unitario, invece, oltre al rispetto dei requisiti posti dal generale principio di proporzionalità, le condizioni di limitabilità del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali sono poste dagli specifici atti di diritto dell’Unione che disciplinano il tema. Ad esempio, il nuovo regolamento 679/2016 contiene la c.d. *national security exemption*, secondo la quale gli *standard* di protezione dei dati personali possono essere diminuiti – sempre nel rispetto dell’«essenza dei diritti e delle libertà fondamentali» e in «misura necessaria e proporzionata in una società democratica»⁴⁵ qualora ciò si renda necessario a fini di tutela della sicurezza nazionale⁴⁶.

Inoltre, si noti che, dal 2016, è in vigore la direttiva 2016/680⁴⁷, la quale disciplina il trattamento dei dati personali con specifico riferimento all’attività di prevenzione

⁴⁴ La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha spesso invocato il c.d. margine di apprezzamento, rimandando alla discrezionalità dei singoli stati la determinazione del livello di intrusività per ragioni di sicurezza nazionale. V., ad esempio, Corte EDU, *Weber and Saravia c. Germania*, ric. n. 54934/00, 29.06.2006. Più recentemente, ha assunto un approccio parzialmente diverso, rilevando i rischi della sorveglianza di massa e dichiarando la relativa legislazione ungherese incompatibile con l’art. 8 CEDU. V. Corte EDU, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, ric. n. 37138/14, 12.01.2016. V. anche, di recente, Corte EDU, sez. I, *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, apps. nos. 58170/13 62322/14 24960/15, 13.9.2018, relative alla normativa britannica sulla *data retention* e sulle intercettazioni da parte dei servizi segreti. Il caso è stato portato dinanzi alla Grande Camera nel febbraio 2019, la quale non si è ancora pronunciata. Sulla sentenza *Big Brother*, G. TIBERI, *Il caso “Big Brother Watch” quale cambio di paradigma nel bilanciamento tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, 931 ss.

⁴⁵ Regolamento 679/2016, cit., art. 23.

⁴⁶ Nonché di una serie di ulteriori interessi elencati, alcuni dei quali si sovrappongono parzialmente con il concetto di sicurezza nazionale. Si pensi a «difesa» o «sicurezza pubblica». Si noti, inoltre, che, secondo l’art. 4, co. 2 del Trattato sull’Unione europea (TUE), «la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

⁴⁷ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento

e repressione dei reati. In questo specifico ambito, l'Unione europea ha ritenuto di procedere con direttiva, che necessita il recepimento da parte degli Stati membri, piuttosto che con regolamento, come è accaduto nel caso della più generale disciplina relativa alla protezione dei dati personali, ora rappresentata dal regolamento 679/2016. La scelta deve essere ricondotta alla volontà di lasciare una maggiore discrezionalità al livello nazionale quanto all'implementazione delle relative misure.

La direttiva sostituisce la precedente decisione quadro del Consiglio 2008/977/GAI⁴⁸, che costituisce il primo atto di diritto UE relativo allo scambio dei dati personali con finalità di *law enforcement* adottato sulla base del terzo pilastro. Tale decisione quadro non si applicava alle situazioni puramente interne, ossia al trattamento dei dati personali per le finalità citate posto in essere all'interno di uno Stato membro, ma solamente agli scambi transnazionali di dati⁴⁹. Inoltre, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i criteri del nuovo art. 16 TFUE non risultano più soddisfatti da questa decisione. Secondo l'art. 16 TFUE, le istituzioni dell'Unione devono intervenire a disciplinare le garanzie per la protezione dei dati personali con la procedura legislativa ordinaria. La decisione quadro del 2008, invece, era stata adottata senza la partecipazione del Parlamento europeo. Di qui la necessità di sostituzione con la direttiva ricordata. In questo caso, viene seguita la procedura legislativa ordinaria e l'art. 16 TFUE viene individuato come base giuridica⁵⁰. In base alla direttiva, il trattamento dei dati personali per le finalità richiamate non può essere attuato se non ne viene data notifica ai soggetti interessati, sebbene con molte eccezioni, sostanzialmente rispondenti alla necessità di non impedire lo svolgimento delle indagini⁵¹. Inoltre, viene vietata la profilazione con finalità discriminatorie⁵² e, in linea di principio, i dati sensibili non devono essere soggetti a trattamento⁵³. Alla stregua di quanto rilevato in relazione al regolamento 679/2016, anche questa direttiva prevede, negli stessi termini, la c.d. *national security exemption*⁵⁴.

di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, G.U.U.E. L 119, 4.05.2016, 89-131.

⁴⁸ Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, G.U.U.E. L 350, 30.12.2008, 118-129.

⁴⁹ Per una critica relativamente al punto, H. HJLMANS, A. SCIROCCO, *op. cit.*, 1519.

⁵⁰ In combinato con l'art. 294 TFUE, relativo alla procedura legislativa ordinaria.

⁵¹ Direttiva 680/2016, cit., artt. 12-13.

⁵² Ibid., art. 11.

⁵³ Ibid., art. 8.

⁵⁴ Ibid., art. 13.

Dunque, i legislatori di area europea si trovano, per la maggior parte, soggetti sia alle indicazioni provenienti dall'Unione, sia all'applicazione della CEDU nell'interpretazione della Corte di Strasburgo e degli altri strumenti di rilievo internazionale di cui gli Stati sono firmatari⁵⁵. Questo fattore non implica che non vi siano rilevanti differenze tra i contesti giuridici nazionali, quanto alla concreta configurazione delle normative relative alla sorveglianza di massa, al trattamento dei dati personali e alle eccezioni rispetto alle relative regole per motivi di sicurezza nazionale. Anzi, come sarà più chiaro nel prosieguo, gli approcci legislativi degli Stati membri fanno nascere talvolta dubbi sulla stessa compatibilità delle rispettive legislazioni con la normativa e la giurisprudenza euro-unitarie e con il quadro sovranazionale.

3. *Privacy* e protezione dei dati personali: relazioni reciproche e analogie

Fino a questo momento si è parlato del diritto alla *privacy* (o al rispetto della vita privata e familiare) e di quello alla protezione dei dati personali (o *data protection*) lasciando intendere che si tratti di due diritti molto vicini da un punto di vista concettuale. Talvolta, in effetti, se ne parla come fossero un unico binomio. Tuttavia, vi è motivo di ritenere che sussistono delle differenze fra essi. Perciò, appare utile una breve ricognizione teorica sugli aspetti che *privacy* e protezione dei dati personali hanno in comune e quelli per cui si differenziano, tenendo in considerazione come la dottrina e la giurisprudenza hanno, nel corso del tempo, elaborato le interazioni fra di essi. Il discorso è preliminare allo spostamento dell'analisi sul piano pratico, finalizzata a verificare come queste due situazioni giuridiche soggettive siano state "vittime collaterali" delle misure di contrasto al terrorismo.

Come si è visto, sul versante europeo, perlomeno focalizzandosi sull'ambito euro-unitario, i due diritti sono ben distinti, tanto da essere riconosciuti da due articoli diversi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁶. La CEDU, invece, non tutela in maniera esplicita il diritto alla *data protection*, ma la sua rilevanza è emersa sia grazie all'adozione di strumenti appositi⁵⁷, sia con l'interpretazione estensiva dell'art. 8 CEDU, relativo alla vita privata e personale (o

⁵⁵ Il riferimento più immediato è alla Convenzione n. 108 del 1981 del Consiglio d'Europa, sulla quale v. *supra*.

⁵⁶ In particolare, la *data protection* è tutelata dall'art. 8. Sul punto, v. F. DONATI, *Art. 8. Protezione dei dati a carattere personale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001, 83 ss.

⁵⁷ Convenzione n. 108 del 1981, cit.

privacy)⁵⁸. Anzi, a livello di Unione europea, la *data protection* riceve una disciplina molto più particolareggiata e stringente rispetto alla *privacy*.

La situazione è diversa negli Stati Uniti, poiché, lì, la necessità di tutelare i dati personali quando si procede al loro trattamento non assurge a diritto fondamentale della persona, ma viene volta per volta riconosciuta dalle diverse legislazioni che riguardano la materia⁵⁹. D'altronde, non potrebbe essere diversamente, se si considera che il Quarto Emendamento esplica la sua tutela avverso azioni dell'autorità pubblica e non riconosce in alcun modo la *privacy* come diritto fondamentale della persona. In più, l'interpretazione originaria statunitense del diritto alla *privacy* come *right to be let alone* – sebbene la giurisprudenza, non senza battute d'arresto, stia in molti casi portando avanti un processo evolutivo della stessa – si pone come piuttosto restrittiva. Di conseguenza, in mancanza di un riconoscimento esplicito, è difficile inferire dal Quarto Emendamento anche un diritto autonomo alla *data protection*, contrariamente a quanto la Corte EDU ha fatto in relazione all'art. 8 CEDU.

In linea generale, la necessità di un separato diritto alla protezione dei dati personali viene in rilievo in un momento successivo rispetto al diritto alla *privacy*, a causa del fatto che esso è legato allo sviluppo di nuove forme di comunicazione e al fenomeno tecnologico⁶⁰. Secondo alcuni si tratta, appunto, di una sorta di “avanzamento” della *privacy*, dovuto alla necessità di rendere la relativa tutela idonea ad essere applicata in situazioni che si manifestano nella c.d. *information society*⁶¹. Altri, invece, sottolineano come la *data protection* costituisca l'obbligo “in

⁵⁸ La Corte di Strasburgo ha interpretato il diritto alla *privacy* tutelato dall'art. 8 CEDU in maniera molto più ampia che un semplice *right to be left alone*, sviluppandone una nozione assai più ampia. Peraltro, la Corte ha evidenziato il legame tra l'art. 8 CEDU e la Convenzione n. 108. V. Corte EDU, *Z. v. Finlandia*, ric. 22009/93, 25 febbraio 1997.

⁵⁹ V. ad esempio USA Freedom Act, Pub. L. 114-23 (June 2, 2015). Sulla mancanza, negli Stati Uniti, di un quadro giuridico organico in tema di *data protection*, si veda S.M. BOYNE, *Data Protection in the United States*, in 66 *American Journal of Comparative Law*, 2018, 299 ss.

⁶⁰ In seno al Consiglio d'Europa, ci si era chiesti, durante il corso degli anni '70, se il diritto garantito dall'art. 8 CEDU fosse idoneo a regolare le questioni emergenti dallo sviluppo della tecnologia. Proprio per questo motivo si arrivò, nel 1981, all'adozione della Convenzione n. 108 del 1981, cit., che pone in essere un quadro giuridico separato e autonomo relativo alla *data protection*.

⁶¹ C. DOCKESEY, *Four Fundamental Rights: Striking the Balance*, in 6 *International Data Privacy Law*, 3/2016, 195, 197. V. anche R. POSCHER, *The Right to Data Protection: A Non-Right Thesis*, in R.A. MILLER, *Privacy and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 129 ss. che, in relazione alla *data protection*, parla di un *offspring right* derivante dall'art. 8 CEDU.

positivo” o la dimensione “dinamica” che scaturisce dal diritto alla *privacy*⁶², non riconoscendo alla prima una dimensione totalmente autonoma rispetto al secondo. Si intende rimarcare, in questo senso, il fatto che il diritto alla *privacy* non dia luogo solamente ad un obbligo “negativo” di non interferenza, ma che sullo Stato gravi anche un dovere positivo consistente nel proteggere ciò che ha a che fare con la vita intima e personale dell’individuo, ossia i suoi dati personali. Altra parte della dottrina sottolinea, poi, come la *data protection* costituisca la dimensione “informativa” della *privacy*, ossia tutto ciò che, nell’ambito della sfera personale, può dare luogo alla produzione di informazioni⁶³. Comunque, gli studiosi concordano nel rilevare che alla base di entrambi i diritti deve essere posto il principio di autodeterminazione, il quale implica la possibilità, per ogni individuo, di mantenere il controllo sulle informazioni correlate a se stesso⁶⁴.

La conseguenza di tale costruzione teorica è che il consenso della persona interessata debba essere, perlomeno in linea di principio, alla base di qualsiasi trattamento dei dati personali, pena l’illegittimità di tale attività⁶⁵.

Le questioni teoriche relative alla natura del diritto alla *data protection* non si arrestano alla sua caratterizzazione o meno come diritto “figlio” della *privacy* (e, si potrebbe dire, dell’avanzare della tecnologia) oppure strumentale ad esso⁶⁶. Al

⁶² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 397.

⁶³ O. MIRONENKO ENERSTVEDT, *Aviation Security, Privacy, Data Protection and Other Human Rights: Technologies and Legal Principles*, Cham, Springer, 2017, 39. Secondo questa ricostruzione, come sottolineato anche dall’A. citata, una violazione del diritto alla *data protection* implica necessariamente una violazione del diritto alla *privacy*, perlomeno nella sua dimensione informativa. Al contrario, una violazione del diritto alla *privacy* non implica necessariamente una violazione del diritto alla *data protection*.

⁶⁴ V. H. KRANENBORG, *Art 8 – Protection of Personal Data*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014, 229. Questo concetto, cui si è soliti riferirsi con il nome di *informational self-determination*, origina dalle elaborazioni della giurisprudenza tedesca. Infatti, a partire dal 1983, il Tribunale costituzionale federale tedesco riconosce questo diritto, che scaturirebbe, a sua volta, dal diritto alla protezione della dignità e al libero sviluppo della personalità (artt. 1 e 2 della Costituzione tedesca). BVerfG 1 BvR 209/83, 15.12.1983.

⁶⁵ Si deve notare che, nell’ambito della disciplina euro-unitaria, il consenso si configura come una delle possibili basi per il trattamento dei dati personali.

⁶⁶ Tale teoria della strumentalità tra *privacy* e *data protection* sembrerebbe essere accolta dalla Convenzione n. 108, cui si è prima fatto riferimento. Il suo art. 1 afferma che obiettivo della Convenzione stessa è di «garantire, sul territorio di ciascuna Parte, ad ogni persona fisica, quali che siano la sua nazionalità o la sua residenza, il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del suo diritto alla vita privata, in relazione all’elaborazione automatica dei dati a carattere personale che la riguardano (protezione dei dati)».

contrario, l'elaborazione dottrinale è giunta a ritenere che la *data protection* potrebbe essere una sorta di “appendice” di qualsiasi altro diritto⁶⁷, con funzioni di potenziamento della tutela.

Tali teorie derivano dalla riflessione circa la natura concreta dell'interesse protetto dal diritto alla *data protection*. Un primo approccio, che non sfuggirebbe a critiche di superficialità, potrebbe agevolmente individuare la risposta nel concetto stesso di “dato personale”, che costituisce l'oggetto di protezione del citato diritto. Dall'altro lato, però, pare opportuno approfondire il tema, al fine di concentrarsi su quale sia l'essenza del diritto alla protezione dei dati personali.

In un primo momento, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco – una delle corti più aperte, nel panorama comparato, al riconoscimento del diritto alla *data protection* legandolo a diversi interessi costituzionalmente riconosciuti e, in ultima analisi, al diritto all'autodeterminazione – aderisce ad una concezione “proprietaria” dei dati personali.⁶⁸ Essi sarebbero meritevoli di protezione in quanto “di proprietà” di un soggetto. Il proprietario dei dati si troverebbe nella condizione di poter disporre degli stessi, alla stregua di come si comporterebbe con un qualsiasi altro oggetto di sua proprietà. In questo modo, secondo la giurisprudenza menzionata, il soggetto estrinseca la propria autodeterminazione.

Questa concezione è stata superata, non solo e non tanto a causa dell'immaterialità dei dati⁶⁹, ma soprattutto perché, con l'avanzare della tecnologia, essi diventano concetto costantemente più “fluidi”. In parole più chiare, i dati vengono scambiati e conservati da parte di entità che sfuggono totalmente al controllo del “proprietario” del dato. Per questo motivo, parte della dottrina ha visto nella *data protection* un “modo di esercizio” di taluni diritti – e, si badi bene, non solo quello alla *privacy*: qualsiasi altro diritto – piuttosto che un autonomo diritto fondamentale.

Giungono a diverse conclusioni altri Autori, che hanno considerato come, perlomeno nel contesto europeo, vi sono strumenti giuridici – il riferimento è, *in primis*, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che enucleano esplicitamente la *data protection* come diritto fondamentale e – parrebbe – autonomo. Ben lungi dal dichiarare il diritto alla *data protection* come una

⁶⁷ V. in questo senso R. POSCHER, *op. cit.*, 133.

⁶⁸ BVerfG 1 BvR 209/83, 15.12.1983.

⁶⁹ Essendo la dottrina concorde a ritenere il concetto di “proprietà” rapportabile a beni immateriali. V. sul tema I. GARACI, *Lo statuto giuridico dei "nuovi beni" immateriali: fra proprietà privata e beni comuni. Riflessioni su recenti interventi giurisprudenziali e normativi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2015, 434 ss.

duplicazione – di dubbia utilità, se davvero così fosse – del diritto alla *privacy*, queste teorie ne sottolineano il carattere “protettivo”. In termini più espliciti, si argomenta come il diritto alla protezione dei dati personali offra garanzie più forti e rispetto ad un novero più ampio di dati⁷⁰. In particolare, si è sottolineato come il diritto alla *data protection* potrebbe essere attivato anche nel caso del trattamento di dati che non abbiano una valenza essenzialmente “privata”, tale da innescare l’applicazione del diritto alla *privacy*⁷¹.

4. Terrorismo e sorveglianza delle comunicazioni

Gli sforzi finalizzati alla tutela della sicurezza, posti in essere anche con misure antiterrorismo che incidono in maniera importante sui diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, possono essere divisi in due grandi filoni.

In primo luogo, si deve tenere in considerazione l’utilizzo massivo della sorveglianza delle comunicazioni a fine di prevenzione e monitoraggio di potenziali minacce per la sicurezza.

In secondo luogo, lo scambio transnazionale dei dati, ottenuti proprio grazie alle tecniche di sorveglianza di massa, è la finalità precipua della raccolta dei dati stessi, che sono pertanto soggetti ad un tipo di sorveglianza di carattere non soltanto massivo, ma anche transnazionale. Entrambi questi ambiti, tra i quali vi è stretta interconnessione, sono oggetto di approfondimento delle pagine che seguono.

Concentrandosi sul primo aspetto, quello della sorveglianza delle comunicazioni, bisogna premettere che essa risente in maniera sensibile del progresso tecnologico.⁷² Una delle prime risposte di carattere giuridico all’esplosione della minaccia terroristica è rappresentata dal *Patriot Act*⁷³ statunitense, uno dei primi regimi organici di sorveglianza di massa. È stato già ricordato, nel corso di questa Sezione,

⁷⁰ V. in questo senso O. LINKSEY, *Deconstructing Data Protection: The ‘Added-Value’ of a Right to Data Protection in the EU Legal Order*, in 63 *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 569 ss. L’A. sostiene che la nozione di “dato personale” sia indipendente da qualsiasi contestualizzazione e che includa anche informazioni relative a soggetti non identificati, ma identificabili.

⁷¹ R. GELLERT, S. GUTWIRTH, *The legal construction of privacy and data protection*, in 29 *Computer Law & Security Review*, 2013, 522, spec. 526.

⁷² Si è parlato di *national surveillance state*, «characterized by a significant increase in government investments in technology and government bureaucracies devoted to promoting domestic security and (as its name implies) gathering intelligence and surveillance using all of the devices that the digital revolution allows». J.M. BALKIN, S. LEVINSON, *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, 75 *Fordham Law Review* 2006, 489 ss., 521.

⁷³ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, Pub. L. 107-56, October 26, 2001.

come il diritto statunitense conoscesse, già da prima dell'11 settembre, una legislazione non favorevole riguardante la sorveglianza delle comunicazioni poste in essere da soggetti stranieri e rappresentata dal già citato FISA. Il *Patriot Act*, allora, si inserisce sulla normativa già posta in essere dal FISA e vi apporta modifiche.

La dottrina⁷⁴ rileva vari aspetti problematici in relazione alla disciplina del *Patriot Act* in tema di sorveglianza con finalità di sicurezza nazionale.

In primo luogo, la Sezione 215 del *Patriot Act* incide su alcune limitazioni soggettive e oggettive poste in essere dal FISA per la raccolta e conservazione di dati nell'ambito di attività di *intelligence* aventi come *target* soggetti non cittadini americani stranieri. Nello specifico, non viene più richiesto al Governo di dimostrare l'esistenza di ragioni sufficienti per ritenere che la persona oggetto delle misure di sorveglianza sia qualificabile come «foreign power» oppure «agent of a foreign power»⁷⁵.

In secondo luogo, per porre in essere la sorveglianza su *target* stranieri, il Governo non ha più necessità di provare che la finalità delle misure risiede specificamente nell'acquisizione di informazioni di *intelligence*. È sufficiente dimostrare che tale tipo di acquisizione costituisce solo una *finalità rilevante* delle operazioni, lasciando intendere che ben potrebbero esservi altri scopi dietro le dette operazioni.

Da ultimo, il *Patriot Act* amplia la possibilità l'utilizzo, da parte delle autorità di *law enforcement*, delle c.d. *national security letters*, a cui prima si poteva ricorrere in un novero assai più ristretto di casi. Le *national security letters* sono atti di carattere amministrativo che il Governo può emettere nei confronti di soggetti che detengano dati – ad esempio, aziende o compagnie telefoniche – al fine di obbligarli a rivelare tali dati senza alcun passaggio dinanzi una corte. Viene in tale maniera bypassata la necessità dell'ottenimento di un *warrant*. In base al *Patriot Act*, questa procedura si può applicare quando le informazioni siano rilevanti o necessarie per finalità di antiterrorismo⁷⁶.

⁷⁴ E. GOITEIN, F. PATEL, F. SCHWARZ, *Lessons from the History of National Security Surveillance*, in D. GREY, S. HENDERSON (eds.), *The Cambridge Handbook of National Security Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 533 ss., spec. 546 ss.

⁷⁵ L'esistenza di tale requisito è una forte garanzia per i cittadini americani – per i quali esso permane – poiché solo il cittadino americano nell'atto di commettere un reato – ad esempio, di spionaggio – poteva qualificarsi in questo senso.

⁷⁶ Si noti, peraltro, che il *Patriot Act* impone a chi riceve un *warrant* o una *national security letter* l'assoluta segretezza. V. *amplius* H.N. FOERSTEL, *The Patriot Act. A Documentary and Reference Guide*, Westport, Greenwood Press, 71 ss.

Successivi sviluppi della disciplina del *Patriot Act* si hanno con il *Protect America Act 2007*⁷⁷ e con il *FISA Amendment Act 2008*⁷⁸. Quest'ultimo introduce nel FISA la controversa Sezione 702, la quale, foriera di pratiche di *warrantless surveillance*, era originariamente soggetta ad una *sunset clause*, che viene poi estesa nel 2018⁷⁹.

In sintesi, l'approccio statunitense differenzia la sorveglianza a seconda che il *target* sia o meno cittadino americano, secondo uno schema che può essere sintetizzato come segue. I cittadini statunitensi possono essere sottoposti a sorveglianza solo nel caso in cui esista un *warrant* emesso da una corte nei loro confronti. Tale accorgimento non è necessario per la sorveglianza di soggetti non aventi la cittadinanza statunitense. Per i cittadini americani, permane la necessità di dimostrare che il soggetto in questione si qualifichi come *agent of a foreign power*, che è stato eliminato nel caso di cittadini non americani; inoltre, si prevedono, per i cittadini statunitensi, una serie di procedure di minimizzazione⁸⁰ che non vengono applicate nel caso di soggetti aventi altra cittadinanza.

L'avanzare della tecnologia ha dato alle agenzie di *intelligence* e, più in generale, alle autorità di *law enforcement*, la possibilità di raccogliere e conservare – per un tempo via via più ampio – non solo dati, ma anche i metadati (c.d. *metasurveillance*). I metadati sono informazioni che non riguardano in maniera diretta il contenuto della comunicazione, che non viene riportato nei risultati di tali intercettazioni. Queste ultime, però, registrano aspetti apparentemente “collaterali” dell'interscambio. Rientrano nella categoria dei metadati, ad esempio, la durata della comunicazione; il luogo; l'orario; l'utenza con la quale si cerca il contatto. Si tratta di informazioni che, se combinate e osservate nella loro frequenza e ricorrenza, permettono l'identificazione e la profilazione dei soggetti.

⁷⁷ Protect America Act, Pub. L. No. 110–55, 121 Stat. 552, August 5, 2007.

⁷⁸ Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Amendments Act (FAA), Pub. L. No. 110–261, 122 Stat. 2435, July 10, 2008.

⁷⁹ Cap. II.

⁸⁰ V. J. DASKAL, S.I. VLADECK, “*Incidental*” *Foreign Surveillance and the Fourth Amendment*, in D. GREY, S. HENDERSON (eds.), *The Cambridge Handbook of National Security Law*, cit., 101 ss., spec. 109. In tale sede, gli AA. discutono, peraltro, i rischi derivanti dalla c.d. *incidental surveillance*, ossia l'alta probabilità che, quando lo scambio di informazioni avviene tra cittadini americani e non, anche i dati del soggetto statunitense vengano trattati in maniera nettamente peggiore rispetto alle garanzie del Quarto Emendamento. A tal proposito, la dottrina citata propone una revisione delle teorie legate al Quarto Emendamento, ipotizzando un'applicazione presuntiva di quest'ultimo, ossia prevedere che esso venga applicato in tutti i casi, a meno che non si dimostri che nessuno dei soggetti sottoposti a sorveglianza sia un cittadino statunitense.

Con riferimento, in primo luogo, all'esperienza statunitense, nel 2013, le rivelazioni di Edward Snowden⁸¹, ex collaboratore della National Security Agency ed ex dipendente della CIA, hanno portato alla luce i dettagli, fino a quel momento mantenuti segreti, sullo svolgimento dei programmi di sorveglianza da parte dei servizi segreti americani, in collaborazione con quelli britannici e con gli altri *partner* del c.d. *Five Eyes*⁸². In particolare, gli Stati Uniti hanno ammesso l'esistenza del programma PRISM⁸³. Si tratta di uno strumento utilizzato dall'NSA al fine di raccogliere dati elettronici relativi a privati cittadini detenuti da grandi aziende quali Google, Gmail, Facebook. Tali materiali vengono poi condivisi con la CIA e con l'FBI⁸⁴.

L'esempio americano è uno dei più lampanti e chiari, ma non è certamente l'unico in cui si può osservare un'applicazione "rilassata" delle garanzie atte a tutelare la *privacy* e i dati personali degli individui. Anzi, fenomeni come quello della *metasurveillance* costituiscono dati di fatto nella totalità dei sistemi giuridici.

Nel contesto europeo, la sorveglianza di massa ha rappresentato una delle prime reazioni all'11 settembre, ma ancor più agli attentati verificatisi a Madrid e a Londra, rispettivamente nel 2004 e nel 2005. La differenza, facilmente riscontrabile, con gli Stati Uniti dipende dal fatto che le legislazioni nazionali di area europea risentono – perlomeno la maggior parte di esse – delle indicazioni più o meno vincolanti dell'Unione europea. Per questo motivo, si è scelto di procedere all'analisi del contesto europeo parte dal livello euro-unitario, per poi concentrarsi sulle legislazioni dei singoli Stati membri. Una selezione di queste ultime viene presa in esame con la tecnica del *case-study*.

⁸¹ Le quali sono state poi raccolte in un libro curato dal giornalista investigativo americano Glenn Greenwald. G. GREENWALD, *No Place to Hide: Edward Snowden, N.S.A. and the U.S. Surveillance State*, New York, Metropolitan Books.

⁸² V. ampiamente sull'argomento M. HU, *Taxonomy of the Snowden Disclosures*, 72 *Washington and Lee Law Review* 2015, 1679 ss.

⁸³ Esistono altri programmi, oggetto delle rivelazioni di Edward Snowden, per quanto PRISM sia maggiormente portato all'attenzione dei *media*. Ad esempio, è emerso che l'NSA raccoglieva i metadati telefonici degli utenti di Verizon, sulla base di un ordine emesso, sì, da una corte, ma nella totale segretezza. Esistono, poi, una serie di programmi che utilizzano la fibra ottica ai fini della raccolta di metadati, ma anche di dati relativi al contenuto specifico delle comunicazioni. Alcuni esempi di tali programmi sono STROMBREW e OAKSTAR).

⁸⁴ A causa dello scambio transnazionale di dati (su cui v. *infra*), tali programmi inficiano anche i livelli di *data protection* nell'ambito dell'Unione europea. V. in questo senso LIBE Committee of the European Parliament, *Report on the US NSA surveillance programme, surveillance bodies in various Member States and their impact on EU citizens' fundamental rights and on transatlantic cooperation in Justice and Home Affairs*, 2013/2188(INI), 21.2.2014.

Prima del 2004-2005, l'Unione europea non disponeva di molti strumenti finalizzati all'utilizzo dei dati a scopi di *law enforcement*. Ciò non significa che non vi fossero, a disposizione delle istituzioni (allora) comunitarie, tecniche finalizzate alla raccolta e allo scambio dei dati⁸⁵, fosse esso di carattere transfrontaliero oppure limitato agli Stati membri, compatibilmente con lo stato di avanzamento della tecnologia del tempo. Queste tecniche venivano però utilizzate principalmente a scopi differenti, ad esempio di carattere commerciale o di controllo dei confini, senza specifica attenzione all'attività preventiva nei confronti dei rischi derivanti dal terrorismo.

Una delle prime risposte da parte dell'Unione europea agli attentati di Madrid e di Londra è la c.d. direttiva *data retention* del 2006⁸⁶, la quale autorizza le autorità pubbliche degli Stati membri ad accedere a metadati generati dalle comunicazioni telematiche (telefonate, *e-mail*, *chat*, ecc.) e a conservarli a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati, soprattutto di stampo terroristico⁸⁷. La necessità di questa direttiva si rende evidente alla luce dell'uso sempre più frequente da parte dei gruppi terroristici, di internet e, in generale, della tecnologia, che in quegli anni sta conoscendo un importante sviluppo. A ciò si

⁸⁵ Gli studi sul tema hanno sottolineato come, pur essendovi fino a quel momento strumenti disponibili per la raccolta dei dati, questi non fossero sempre animati da finalità di *law enforcement* ma potevano avere, al contrario, scopi informativi o commerciali. Si impone, pertanto, una impellente necessità di conversione di taluni di questi strumenti, la quale pone non poche difficoltà. Si veda sul tema C. BLASI CASAGRAN, *Global Data Protection in the Field of Law Enforcement. An EU Perspective*, New York-London, Routledge, 2017, 23 ss.

⁸⁶ Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, G.U.U.E. L. 105 del 13.04.2006, 54-63.

⁸⁷ La dottrina ha ritenuto che la direttiva *data retention* abbia stabilito nell'Unione europea un regime di sorveglianza comparabile con quello degli Stati Uniti. V. in questo senso F. FABBRINI, *Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and Its Lessons for Privacy and Surveillance in the United States*, in 28 *Harvard Human Rights Journal*, 2015, 65 ss., spec. 90. Sulle analogie tra il regime di *privacy* e sicurezza nazionale negli Stati Uniti e quello dell'Unione europea, si veda F. FABBRINI, D. COLE, *Bridging the Transatlantic Divide? The European Union, the United States and the Protection of Privacy Across Border*, in F. FABBRINI, V. JACKSON, *Constitutionalism Across Border in the Struggle Against Terrorism*, Cheltenham-Northampton, Elgar Publishing, 2015, 258.

affianca, d'altra parte, un'aumentata consapevolezza della possibilità di utilizzare la tecnologia stessa come efficace strumento di difesa (*rectius*, di prevenzione)⁸⁸.

La base giuridica della direttiva *data retention* è l'art. 95 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), disposizione che riguarda l'armonizzazione del mercato interno⁸⁹. La scelta della base giuridica viene motivata dal fatto che evidenti discrepanze nelle legislazioni nazionali degli Stati membri relative alla raccolta e conservazione dei metadati potrebbero portare a distorsioni delle dinamiche del mercato interno e della concorrenza⁹⁰.

La direttiva prevede che gli Stati membri debbano adottare misure interne che obblighino i fornitori di connettività a conservare i metadati delle comunicazioni⁹¹ che avvengono sulle infrastrutture da loro messe a disposizione per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni⁹². I metadati conservati devono restare a disposizione delle autorità pubbliche, che devono poter essere in grado di accedervi qualora questo sia necessario al fine di prevenire e combattere il terrorismo e altri gravi reati.

Nel 2014, l'intera direttiva *data retention* viene dichiarata invalida dalla Corte di giustizia, a seguito di due rinvii pregiudiziali di validità su quali la Corte, riuniti i

⁸⁸ Come emerge chiaramente dai lavori preparatori della direttiva. V. la proposta di direttiva presentata dalla Commissione, COM (2005) 438 def.

⁸⁹ Non vi sono, in effetti, riferimenti a norme riguardanti l'ambito della sicurezza, pur essendo la prevenzione dei reati, soprattutto quelli di tipo terroristico, lo scopo dichiarato di questa direttiva.

⁹⁰ Si rinviene, pertanto, una sorta di tentativo di "nascondere" un approccio velatamente securitario. V. in tal senso F. GALLI, *Digital Rights Ireland as an Opportunity to Foster a Desirable Approximation of Data Retention Provisions*, in 23 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 460 ss., spec. 464. La base giuridica della direttiva *data retention* è stata, tra l'altro, oggetto di contestazione – con un'azione di annullamento – da parte dell'Irlanda, che ha proposto ricorso argomentando come una norma afferente al primo pilastro non sarebbe idonea ad essere utilizzata come base giuridica di una direttiva chiaramente adottata con il fine di combattere il terrorismo e gravi reati in generale. La Corte di giustizia rigetta questa prospettiva (v. Corte di giustizia, Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio, C-301/06, 10.02.2009). Si veda, su questa decisione, H. HIJMAN, A. SCIROCCO, *Shortcomings in EU Data Protection in the Third and the Second Pillars. Can the Lisbon Treaty Be Expected to Help?*, in 46 *Common Market Law Review*, 2009, 1485 ss., spec. 1504 ss. V. *infra* per ulteriori riflessioni sulle basi giuridiche degli strumenti di diritto UE finalizzati alla sorveglianza e allo scambio di dati.

⁹¹ L'art. 5 della direttiva pone un elenco specifico dei metadati da conservare: la fonte e la destinazione della comunicazione; l'orario, la data e la durata; il tipo di comunicazione (ad es. telefonica); l'infrastruttura utilizzata; la localizzazione.

⁹² Per un'analisi specifica del disposto della direttiva, A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy*, in 20 *Tilburg Law Review*, 2015, 14 ss.

giudizi, si pronuncia con la sentenza *Digital Rights*⁹³. In questa decisione, la Corte di Lussemburgo rileva il contrasto delle disposizioni della direttiva con i diritti alla *privacy* e alla *data protection*, letti alla luce del principio di proporzionalità⁹⁴. Ciò avviene dopo che diverse corti costituzionali degli Stati membri avevano già dichiarato incostituzionali le rispettive normative di recepimento della direttiva⁹⁵.

Con la sentenza *Digital Rights*, la Corte di giustizia, nel pronunciare una decisione di importanza cruciale sotto molteplici aspetti⁹⁶, fa perno sulla vaghezza

⁹³ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Digital Rights Ireland et al. v. Minister for Communication et al.*, C-293/12 e C-594/12, 8.04.2014).

⁹⁴ Tutti i citati parametri sono afferenti alla Carta (artt. 7-8-52); tuttavia, viene dichiarato il contrasto anche con l'allora vigente direttiva *data protection* (direttiva CE/95/46, cit.). In particolare, la Corte di Lussemburgo rileva un'eccessiva vaghezza del linguaggio della direttiva, che lascia agli Stati membri un margine di scelta eccessivamente ampio, ad esempio, quanto al periodo di conservazione, alle autorità pubbliche che possono accedere ai dati. Non essendo presenti specificazioni a tal riguardo, taluni Stati membri avevano reso possibile l'accesso e l'utilizzo dei dati da parte dei servizi di intelligence, senza alcun intervento dell'autorità giudiziaria o, quantomeno, di un'autorità amministrativa indipendente. Inoltre, le disposizioni della direttiva si applicano a chiunque, a prescindere che si tratti o meno di una persona sottoposta a indagine per reati di stampo terroristico o comunque ritenuti tali, in base alla legislazione nazionale di recepimento, per legittimare le misure di conservazione. Quest'ultimo punto costituisce, inoltre, un aspetto problematico, in quanto, non specificando la direttiva in maniera chiara a quali reati queste misure debbano essere applicate, gli Stati membri hanno recepito in modo piuttosto discrezionale tale indicazione. Per una ricognizione delle motivazioni sulle quali la Corte di giustizia ha basato la dichiarazione di invalidità, si veda A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *op. cit.*; O. LINKSEY, *The Data Retention Directive Is Incompatible with the Rights to Privacy and Data Protection and Is Invalid in its Entirety*, in 51 *Common Market Law Review*, 2014, 1789 ss.

⁹⁵ In particolare, vi erano state dichiarazioni di incostituzionalità da parte delle corti di Bulgaria, Cipro, Germania, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia. Su questi casi davanti alle corti nazionali, si rinvia a E. COSTA, *The Way to Luxembourg: National Courts Decisions on the Compatibility of the Data Retention Directive with the Rights to Privacy and to Data Protection*, ScriptED, 2013. Si è parlato in dottrina, a questo proposito, di un'efficace "dialogo" fra le corti interne e la Corte di giustizia: A. VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La "data retention" al test di legittimità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2014, 1224 ss., spec. 1227.

⁹⁶ A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *op. cit.* La dottrina citata rileva, anzitutto, l'utilizzo parametrico della Carta – si ricordi che solo nel 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quest'ultima ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati – ai fini di una dichiarazione di invalidità totale di un atto di diritto UE, dal quale deriva l'atteggiamento della Corte quasi alla stregua di una "corte costituzionale d'Europa". *Contra* la configurazione della Corte di giustizia come una "corte costituzionale", ma da una prospettiva più generale, O. PFERSMANN, *L'enigma della giustizia costituzionale europea: controllo senza costituzione, struttura costituente paradossale o messianismo costituzionale?*, in *Rivista AIC*, 3/2014. Si veda, poi, con specifico riferimento all'utilizzo della Carta, L. TRUCCO, "Data retention": *la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei*

delle disposizioni censurate dalla direttiva, le quali porterebbero ciascun individuo, senza distinzione a seconda che si trovi o meno sotto indagine per un reato di stampo terroristico⁹⁷, e fa intendere, pur senza mai esplicitarlo, una prevalenza del bilanciamento a favore dei diritti individuali, piuttosto che dell'approccio securitario, portato dell'applicazione di misure di sorveglianza di massa.

L'approdo della Corte di giustizia con la decisione sulla direttiva *data retention* viene ripreso e specificato nel 2016, con la sentenza *Tele2 Sverige AB*⁹⁸, in risposta a due rinvii pregiudiziali di interpretazione, sollevati da una corte svedese e da una britannica e poi riuniti dalla Corte. Le domande del giudice svedese e di quello inglese riguardano la compatibilità delle rispettive discipline interne sulla *data retention* con le garanzie della Carta, lette alla luce dei *dicta* giurisprudenziali consacrati nella sentenza *Digital Rights*⁹⁹.

Preme rilevare che, con la pronuncia *Digital Rights*, il quadro giuridico euro-unitario relativo alla conservazione dei metadati viene meno e non verrà successivamente approvata una nuova direttiva specificamente focalizzata sulla *data retention* che sostituisca quella invalidata dalla Corte di giustizia.

diritti fondamentali, in *Giur. it.*, 2014, 1850 ss. In questa sentenza si riscontrano implicazioni importanti per lo sviluppo del diritto UE e degli Stati membri e commenta il bilanciamento tra la sicurezza e i diritti a favore di questi ultimi. Non manca chi ritiene che la Corte abbia peccato di un approccio eccessivamente formalistico nella decisione *Digital Rights*. In termini più chiari, certa dottrina osserva come la direttiva *data retention* sia stata dichiarata invalida solo per la vaghezza e per la mancanza di dettaglio, e non perché la Corte condanni, da un punto di vista sostanziale, la sorveglianza di massa. V. in questo senso F.J. ZUIDERVEEN BORGESIU, A. ARNBAK, *New Data Security Requirements and the Proceduralization of Mass Surveillance Law after the European Data Retention Case*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-41 (Ottobre 2015). Da una prospettiva parzialmente diversa, invece, viene letto l'effetto "centralizzante" dell'uso parametrico della Carta nei casi relativi a *privacy* e *data protection*. Si veda L.P. VANONI, *L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale: il caso della privacy digitale*, in *DPCE online*, 2/2019, 1209 ss., spec. 1215 ss.

⁹⁷ V. nota 90 e, per approfondimenti, dottrina ivi citata.

⁹⁸ Corte di giustizia, *Tele2 Sverige AB et al. v. Post- och telestyrelsen et al.*, C-203/15 e C-698/15, 21.12.2016. V. O. POLLICINO, M. BASSINI, *La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, Diritto penale contemporaneo, 9 gennaio 2017.

⁹⁹ Questa sentenza segue indubbiamente l'approccio di *Digital Rights*, ma si tratta di un tipo di giudizio diverso – rinvio pregiudiziale di interpretazione, mentre nel caso del 2014 la Corte si è dovuta pronunciare su un rinvio pregiudiziale di validità – con tutte le differenze a livello di conseguenze. Per i dettagli di tale decisione, si rinvia a I. CAMERON, *Balancing Data Protection and Law Enforcement Needs: Tele2 Sverige and Watson*, in 54 *Common Market Law Review*, 2017, 1467 ss.

Questa mancata reazione – perlomeno sullo specifico terreno della *data retention* di metadati – da parte delle istituzioni dell’Unione apre ad una reazione piuttosto scomposta a livello nazionale. Seppur è vero che le corti apicali di diversi ordinamenti nazionali facenti parte dell’Unione procederanno, come immediata conseguenza della decisione della Corte di giustizia, a dichiarare l’incostituzionalità o comunque ad annullare le normative interne di recepimento della direttiva¹⁰⁰, due osservazioni non possono essere omesse. In primo luogo, ciò non si è verificato nella totalità degli Stati membri. In secondo luogo, anche laddove questo sia accaduto, non sono mancati casi nei quali la normativa annullata o comunque non più in vigore è stata sostituita da legislazioni ancor più apertamente in spregio dei diritti fondamentali della persona. I successivi paragrafi, dedicati ai *case-studies* nazionali, chiariranno a livello pratico quanto appena enunciato.

Ancor più complessa è la situazione nel panorama giuridico euro-unitario, il quale influenza a sua volta i contesti nazionali. Anche se non è stata adottata, in seno all’Unione europea, una “direttiva *data retention-bis*”¹⁰¹, le regole relative alla *privacy* e alla *data protection* hanno subito rilevanti cambiamenti tra il 2016 e il 2018. Questo nuovo quadro normativo, rappresentato anzi tutto dal regolamento 679/2016 e dalla direttiva 680/2016, recepisce talune delle indicazioni della Corte di giustizia. Il regolamento 679/2016 ha carattere generale e si applica a tutti i trattamenti dei dati personali, a prescindere dalla specifica finalità di *law enforcement*. Questo peculiare ambito viene, invece, disciplinato dalla direttiva 680/2016, la quale, però, alla luce della propria natura giuridica, necessita implementazione da parte degli Stati membri.

4.1. Case-study: la Francia e la *loi sur le renseignement*

La prima reazione da parte dell’ordinamento francese alla sentenza *Digital Rights Ireland*, che pone limiti stringenti alla sorveglianza di massa attuata attraverso la conservazione e l’analisi dei metadati, pare essere in certa misura “noncurante” di quanto statuito dalla Corte di giustizia. In un primo momento con il decreto 2014-

¹⁰⁰ Corte costituzionale austriaca, G 47/2012 (27-06-2014); Corte costituzionale slovena, U-I-65/13-19 (3-07-2014); Corte distrettuale di L’Aia, C/09/480009/KG ZA 14/1575, 11-03-2015; Corte costituzionale slovacca, PL US 10/2014 (29-04-2015); Corte costituzionale belga, 84/2015 (11-06-2015); Corte costituzionale rumena, 140/2015.

¹⁰¹ Sulla possibilità di un nuovo strumento europeo in tema di *data retention*, v. F. GALLI, *op. cit.*, 465 ss.

1576¹⁰² e poi con la legge 2015-912¹⁰³ (c.d. *loi sur le renseignement*)¹⁰⁴, si nota l'incoerenza fra l'approccio francese e le linee guida tracciate dalla Corte di giustizia nel 2014, poi riprese nel 2016 con la sentenza *Tele2-Sverige*.

Il combinato disposto dei due atti legislativi francesi citati dà ai servizi di sicurezza nazionali¹⁰⁵ la possibilità di ingerirsi in modo significativo nelle comunicazioni telematiche degli individui, tanto che la *loi sur le renseignement* è stata ribattezzata il “*Patriot Act* francese”¹⁰⁶.

Tra le varie tecniche di intercettazioni, appaiono criticabili quelle che impiegano le c.d. *boîtes noires*. Si tratta di un tipo di sorveglianza di carattere totalmente automatizzato, la quale viene posta in essere ricorrendo ad algoritmi asseritamente capaci di individuare e segnalare alle autorità comportamenti «susceptibles de révéler une menace terroriste»¹⁰⁷.

Tutto ciò può essere messo in atto purché vi sia un'autorizzazione in questo senso – specifica e per un tempo limitato – da parte del Primo Ministro, il quale abbia, a sua volta, preventivamente richiesto il parere della Commission nationale de contrôle de techniques de renseignement (CNCTR). Il suo parere non è vincolante, ma il Primo Ministro è tenuto a motivare qualora se ne discosti¹⁰⁸. Il CNCTR è un'autorità amministrativa indipendente, composta da magistrati, parlamentari ed

¹⁰² Décret n° 2014-1576 du 24 décembre 2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion, J.O.R.F. n° 0298 du 26 décembre 2014, 22224.

¹⁰³ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, J.O.R.F. n° 0171 du 26 juillet 2015, 12735.

¹⁰⁴ Si veda, per un'analisi del contesto francese in comparazione con altri ordinamenti giuridici dopo la decisione *Digital Rights*, A. VEDASCHI, *Privacy versus Security: Regulating Data Collection and Retention in Europe*, in B. GOOLD, L. LAZARUS (eds.), *Security and Human Rights*, 2nd ed., Oxford, Hart Publishing, 2019, 275 ss.

¹⁰⁵ Per un approfondimento su come essi siano organizzati, H. ALCARAZ, *Faut-il avoir peur de la loi sur le renseignement? Entre risque d'ingérence et «illusion technologique»*, in O. DE DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, A. TALEB-KARLSSON (coord.), *Protection des données personnelles et sécurité nationale*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 119 ss., spec. 120.

¹⁰⁶ Oltre che nel gergo giornalistico, nel cui ambito l'espressione ha preso maggiormente piede, v. anche P-A CHARDEL, R HARVEY, H VOLAT, *The French Intelligence Act: Resonances with the USA PATRIOT Act, Technology Science*, 15.3.2016, <https://techscience.org/a/2016031501/>. Non mancano opinioni positive sulla legge da parte della dottrina francese, che sottolinea come «le renseignement français n'est plus hors-la-loi». V. O. DESAULNAY, R. OLLARD, *Le renseignement français n'est plus hors-la-loi. Commentaire de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, in *Droit Pénal*, 9/2015, étude 17. Critica invece questa legge altra parte della dottrina francese: H. ALCARAZ, *op. cit.*, passim.

¹⁰⁷ *Code de la sécurité intérieure*, art. L 851-3.

¹⁰⁸ Inoltre, in caso di discordanza persistente, il CNCTR può fare ricorso al Conseil d'État.

esperti di *intelligence*¹⁰⁹. Essa svolge un ruolo di controllo, attraverso diverse modalità che si esplicano sia *a priori* sia *a posteriori* sull'attività dei servizi segreti.

Nel caso di specie, la supervisione viene esercitata *a priori*, ma il parere non è richiesto qualora sussistano situazioni di assoluta urgenza, nelle quali il Primo Ministro può emettere l'autorizzazione senza previamente consultarla¹¹⁰. In tale disposizione, si riscontra una marcata deferenza all'Esecutivo, essendo in capo ad esso la possibilità di determinare unilateralmente le situazioni di assoluta urgenza.

La disposizione in esame¹¹¹ si preoccupa di specificare che si ha urgenza assoluta solamente quando ricorra la necessità di tutelare alcuni interessi rilevanti. Essi sono individuati come segue: l'indipendenza, l'integrità e la difesa del territorio nazionale; la politica estera, l'esecuzione degli impegni della Francia sul piano europeo e internazionale e la prevenzione di ingerenze da parte di potenze straniere; la prevenzione del terrorismo. Si tratta di clausole estremamente vaghe. Concentrandosi sull'aspetto relativo alla prevenzione del terrorismo, è difficile, in questo come in molti altri contesti che impiegano il relativo termine, definire i confini dell'attività preventiva, che può facilmanete legittimare lo sconfinamento in una sorta di cultura del sospetto.

Quanto al controllo *a posteriori* del CNCTR, di cui si è fatto prima cenno, esso viene esercitato nella misura in cui, secondo la disciplina in esame, il CNCTR si pone come rimedio di carattere amministrativo nel caso di contestazione dell'attività dei servizi segreti. Infatti, è possibile presentare le proprie doglianze presso tale autorità amministrativa indipendente, che può, se del caso, ordinare la cessazione delle attività di sorveglianza e la distruzione dei dati raccolti fino a quel momento. La sua decisione può poi essere impugnata dinanzi all'autorità giudiziaria.

Rispetto alle problematiche procedurali appena rilevate – in particolare, il potere del Primo Ministro di “scavalcare” il CNCTR nel caso in cui determini una situazione di assoluta urgenza – appare meno controversa la disciplina della conservazione dei dati, nonostante il disposto normativo francese in tema di *retention* potrebbe, *prima facie*, sembrare in violazione dei dettami della Corte di giustizia. La *loi sur le renseignement* prevede che i dati raccolti grazie alle le suddette

¹⁰⁹ Sulla composizione di tale autorità amministrativa indipendente, X. LATOUR, *La loi relative au renseignement: un État de surveillance?*, in *JCP A* 2015, 2286.

¹¹⁰ Peraltro, si noti che esiste una forma di silenzio-assenso, in quanto, se il parere non viene reso entro 24 ore dalla richiesta, esso si intende essere positivo e il Primo Ministro può procedere con l'autorizzazione. *Code de la sécurité intérieure*, art. L 821-1 C. In senso critico sulla limitatezza dei poteri del CNCTR, si veda W. BOURDON, *Les dérives de l'état d'urgence*, Paris, Plon, 2017, 153 ss.

¹¹¹ *Code de la sécurité intérieure*, art. 821-5, introdotto dalla legge 2015-912.

attività di *intelligence* debbano essere conservati per un periodo di trenta giorni, allo scadere dei quali devono essere distrutti, qualora si tratti di dati afferenti al contenuto delle comunicazioni raccolti dalle intercettazioni. Il tempo di conservazione si estende, invece, a quattro anni nel caso dei metadati. L'osservazione più immediata a cui si potrebbe giungere è che questo aspetto della disciplina francese è apertamente incompatibile con la sentenza *Digital Rights*. In questa decisione, la Corte di giustizia include, tra i motivi di invalidità della direttiva del 2006, il fatto che il periodo di conservazione dei dati fosse configurato, “a scelta” degli ordinamenti nazionali, tra i sei mesi e i due anni. Potrebbe perciò facilmente apparire inconciliabile con questa statuizione un tempo di quattro anni. Si deve nondimeno tenere in considerazione che la critica della Corte di Lussemburgo non si pone tanto nei confronti del periodo di *retention* in sé, bensì della mancanza di un criterio di scelta tra il minimo e il massimo periodo di conservazione. La conclusione appare avvalorata dal fatto che, in una successiva decisione – segnatamente, il parere del luglio 2017 sulla bozza di accordo internazionale tra l'Unione europea e il Canada per lo scambio dei dati PNR, di cui si parlerà *infra* – la Corte di giustizia riterrà ammissibile un tempo di conservazione di cinque anni. Secondo talune ricostruzioni dottrinali¹¹², ciò dipende proprio dal fatto che, pur essendo i cinque anni un periodo di tempo oggettivamente più lungo rispetto ai due anni previsti dalla direttiva *data retention*, essi sono pur sempre una tempistica definita e non lasciata alla discrezionalità di ulteriori attori (nella direttiva *data retention*, gli Stati membri).

Aspetto della disciplina francese che torna, invece, a costituire una forte problematicità è l'applicazione soggettiva delle misure in esame. La successiva legge 2016-987¹¹³, che interviene a modificare, tra l'altro, anche la *loi sur le renseignement*, rende applicabili le sue disposizioni e le relative tecniche di sorveglianza a chiunque sia sospettato di avere qualsiasi tipo di legame con una potenziale minaccia terroristica oppure si ritenga potrebbe dare informazioni su di essa¹¹⁴. Dal 1° novembre 2017, poi, questa previsione esplica i suoi effetti nonostante

¹¹² V. in questo senso A. VEDASCHI, *Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU–Canada PNR agreement*, in 8 *International Data Privacy Law*, 2018, 124 ss., spec. 136.

¹¹³ *Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste*, J.O.R.F. n° 0169 du 22 juillet 2016. Si ricordi che questa legge estende lo stato di urgenza, dichiarato inizialmente all'indomani degli attentati di Parigi del novembre 2015. V. *supra*, Capitoli I e II.

¹¹⁴ *Code de la sécurité intérieure*, art. L 851-2.

sia cessato lo stato di urgenza¹¹⁵. Si ricordi che la legge 2017-1510¹¹⁶ introduce una serie di misure, alle quali prima si poteva ricorrere solamente in caso di proclamazione dello stato di urgenza, nell'ambito del diritto ordinario.

Inoltre, la *loi sur le renseignement* pone una complessa disciplina della sorveglianza delle comunicazioni internazionali, il cui punto maggiormente controverso è la possibilità di utilizzare il contenuto delle intercettazioni, peraltro a fronte di garanzie procedurali quali l'autorizzazione del Primo Ministro e il controllo del CNCTR che risultano essere – ulteriormente – diminuite¹¹⁷.

Il Conseil constitutionnel francese si è pronunciato sulla *loi sur le renseignement* il giorno prima della sua entrata in vigore¹¹⁸, adito in via preventiva, con tre distinti ricorsi che sono stati riuniti, dal Presidente della Repubblica francese, dal Presidente del Senato e da una minoranza parlamentare. Il testo della legge è stato giudicato conforme alla Costituzione, con l'eccezione di tre disposizioni, stralciate e mai entrate in vigore¹¹⁹. Una nuova pronuncia sulla *loi sur le renseignement* si è avuta poi nell'ottobre 2016, quando il Conseil constitutionnel ha considerato una *question prioritaire de constitutionnalité* posta dal Conseil d'État¹²⁰. La disposizione impugnata svincolava totalmente la sorveglianza delle comunicazioni via radio dalle garanzie del codice di procedura penale francese. Questa volta il Conseil constitutionnel rileva l'incostituzionalità, seppur rimandando di circa un anno gli effetti della relativa dichiarazione¹²¹.

Inoltre, la legge per la programmazione militare 2019-2025¹²² rende possibile l'utilizzo, da parte delle autorità nazionali francesi, anche dei metadati ottenuti da

¹¹⁵ Il quale, lo si ricorda, è stato fatto cessare in Francia il 1° novembre 2017, in concomitanza con l'entrata in vigore della legge 2017-1510.

¹¹⁶ *Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, J.O.R.F. n° 0255 du 31 octobre 2017.

¹¹⁷ V. F. TRÉGUER, *Internet Surveillance in France's Intelligence Act*, 2016, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01399548/document>

¹¹⁸ *Conseil Constitutionnel*, déc. n° 2015-713 du 23 juillet 2015. Su questa decisione, P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza del "Conseil Constitutionnel" nel biennio 2015-2016*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2017, 2135 ss., 2145.

¹¹⁹ Si tratta di alcune disposizioni procedurali sulla possibilità di ricorso individuale, alcuni articoli sulla sorveglianza all'estero e talune disposizioni sul ruolo del CNCTR, non siano chiare a giudizio del Conseil. La parte essenziale della legge, però, viene giudicata costituzionale.

¹²⁰ Sulle problematiche legate all'accesso al Conseil Constitutionnel in via successiva e concreta, A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*. *Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012.

¹²¹ *Conseil constitutionnel*, déc. 2016-590 QPC du 21 octobre 2016.

¹²² *Loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense*.

servizi segreti stranieri. Tali dati sono raccolti sulla base del diritto del Paese straniero, che naturalmente non è vincolato dal diritto francese e potrebbe presentare *standard* di tutela dei c.d. *privacy rights* nettamente inferiori. Questa disposizione rappresenta un ulteriore giro di vite su una normativa che si inserisce già fra le più restrittive nel panorama europeo.

L'ordinamento francese non si pone, in materia di sorveglianza, così lontano dall'approccio americano: la definizione della *loi sur le renseignement* come il "Patriot Act francese" sembra essere stata coniata a ragion veduta. Peraltro, l'atteggiamento del Conseil constitutionnel in tema di bilanciamento fra sorveglianza e diritti non è d'aiuto nel tentativo di ristabilire un equilibrio tra i due interessi. Nel pronunciarsi per la totale – salvo poche e marginali disposizioni – costituzionalità della *loi sur le renseignement*, il Conseil ha perso l'occasione probabilmente più propizia per esercitare il ruolo che un organo di giustizia costituzionale dovrebbe porre in essere in tempi difficili per la sicurezza. Tra l'altro, la possibilità, propria del sistema francese, di giudizio preventivo sulla costituzionalità delle leggi, peraltro attivata nel caso di specie, pur non essendo la *loi sur le renseignement* un atto legislativo per cui esso si configura come obbligatorio¹²³, avrebbe fatto sì che, in caso di pronuncia negativa del Conseil, una normativa così controversa non avrebbe ricevuto alcuna applicazione concreta. In caso di disposizioni come quelle della *loi sur le renseignement*, ampiamente riconosciute come fortemente liberticide, perlomeno in relazione a taluni aspetti, tale caratteristica del sistema francese¹²⁴ potrebbe rappresentare un significativo vantaggio. Tanto più che, per altri aspetti, il Conseil constitutionnel francese ha ampiamente contribuito a ristabilire il bilanciamento libertà-sicurezza in favore dei diritti: ne è un esempio la più recente giurisprudenza in materia di libertà di espressione e sicurezza nazionale, che si andrà ad esaminare *infra*¹²⁵.

¹²³ Non essendo né una legge costituzionale, né una *loi organique*, né configurandosi alla stregua dei regolamenti parlamentari. Su questi atti, il controllo di costituzionalità in via preventiva si esplica obbligatoriamente. Negli altri casi, il controllo di costituzionalità deve essere richiesto dal Presidente della Repubblica, oppure dal Presidente di uno dei due rami del Parlamento, oppure da almeno sessanta deputati o senatori. Cfr. art. 61 Cost. francese. Sul sistema francese, si veda ampiamente P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009, 162

¹²⁴ Invero recessiva nell'ambito dei sistemi di giustizia costituzionale a livello comparato, se si considera che la diffusione del modello preventivo è piuttosto scarsa. A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 1087 ss.

¹²⁵ V. sez. II del presente Capitolo.

Da ultimo, la Francia ha recepito nell'ordinamento interno, nel giugno 2018, la direttiva 680/2016, relativa alla protezione dei dati personali nell'ambito delle attività di prevenzione e persecuzione dei reati¹²⁶. La disciplina sui servizi segreti francese può porsi in contrasto con le garanzie di tale direttiva, le quali risentono delle linee-guida della Corte di giustizia. A tale proposito, nel caso la Corte fosse investita di un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva del 2016 e se le sue disposizioni ostino ad una normativa come quella della legge 2015-912, la risposta potrebbe essere che una tale disciplina interna non sia compatibile con la direttiva.

4.2. Case-study: l'Italia e la disciplina sulla *data retention*

Il quadro giuridico italiano offre un ulteriore utile *case-study* ai fini dell'esame degli effetti della posizione adottata dalla Corte di giustizia in materia di bilanciamento tra *privacy/data protection* e sicurezza nazionale. Da un lato, la disciplina italiana presenta alcuni aspetti di apparente incompatibilità con la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Dall'altro, però, la contestualizzazione della disciplina sulla *data retention* nel quadro complessivo in materia di sorveglianza mostra che le misure italiane presentano un grado minore di rischio di erosione delle garanzie per i diritti alla *privacy* e alle *data protection* – seppure non siano privi – rispetto a quanto visto, ad esempio, in relazione al sistema francese.

La disciplina italiana in tema di *privacy* e protezione dei dati personali è contenuta nel c.d. Codice in materia di protezione dei dati personali¹²⁷ (a cui talvolta ci si riferisce anche, più semplicemente, come Codice della *privacy*), il quale è stato più volte nel tempo modificato¹²⁸. Esso viene originariamente adottato, nel 2003, per recepire la direttiva 2002/58/CE¹²⁹, in tema di comunicazioni elettroniche. Prima

¹²⁶ *Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles*, J.O.R.F. n°0141 du 21 juin 2018.

¹²⁷ D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, G.U. n. 174, 29.07.2003. Prima di detto decreto legislativo, la materia era regolata dalla l. 31 dicembre 1996, n. 675, G.U. n. 5, 8.01.1997. Su questa normativa e, nello specifico, sulla valenza “costituzionale” del diritto alla *privacy* nel quadro giuridico italiano, P. COSTANZO, *La dimensione costituzionale della privacy*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, Egea, 2008.

¹²⁸ Soprattutto, dopo il 25 maggio 2018, data in cui è diventato applicabile il regolamento (UE) 679/2016, si sono avute rilevanti abrogazioni implicite. V. la normativa di adeguamento al regolamento del 2016, costituita dal d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, G.U. n. 205, 04.09.2018. Sulla normativa di adeguamento, v. i vari contributi pubblicati in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il “nuovo” codice in materia di protezione dei dati personali*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹²⁹ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, G.U.U.E. L 201, 31.7.2002, 37-47.

dell'adozione della direttiva *data retention* del 2006, questa direttiva del 2002 costituiva la disciplina europea di riferimento in tema di conservazione dei dati. Essa non viene abrogata dalla direttiva *data retention*, che si limita a stabilire una normativa speciale. La direttiva sulle comunicazioni elettroniche, in particolare, prevede la cancellazione o anonimizzazione dei dati relativi al traffico delle comunicazioni e all'ubicazione delle stesse, una volta che essi non fossero più rilevanti al fine di rendere possibile la comunicazione stessa¹³⁰. L'art. 15 della direttiva, però, contiene un'eccezione, nella misura in cui permette agli Stati a venire meno a tale obbligo di anonimizzazione o cancellazione, qualora necessario per proteggere una serie di interessi rilevanti, fra i quali la pubblica sicurezza.

Nel 2003, l'Italia recepisce questa direttiva con il decreto legislativo citato, il quale originariamente prevede, all'art. 132, che il termine massimo di conservazione dei dati con finalità di accertamento e repressione dei reati sia di trenta mesi¹³¹. L'art. 132 del Codice in materia di protezione dei dati personali ha subito varie modifiche nel corso del tempo¹³².

Nel 2014, subito prima della sentenza *Digital Rights* della Corte di giustizia, esso prevede un periodo di conservazione di ventiquattro mesi per i dati del traffico telefonico, mentre per i dati del traffico telematico il periodo di *retention* è di dodici mesi. Nell'arco temporale 2002-2014, dunque, il legislatore italiano ha ritenuto di modificare l'originaria disciplina, riducendo il tempo di *retention* e differenziando fra traffico telefonico e traffico telematico¹³³.

Nel 2015 viene introdotta una deroga all'art. 132, prevedendo che tutti i dati vengano conservati fino al 30 giugno 2017. Tale eccezione viene inserita con il d.l.

¹³⁰ Si veda sull'argomento F. GUELLA, *Data retention e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali*, in *DPCE online*, 2/2017, 349 ss., spec. 250.

¹³¹ D. lgs. 196/2003, art. 132 (nella sua formulazione originaria).

¹³² Per un quadro sulle modifiche intervenute dal 2002 al 2014 – ossia, immediatamente prima della sentenza *Digital Rights* della Corte di giustizia – si rinvia ad A. RODOLFI, *Il regime normativo della data retention nell'ordinamento italiano. Stato attuale e problematiche concrete*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 147 ss.

¹³³ In particolare, tale modifica in senso riduttivo si ha con il d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, G.U. n. 300 del 29.12.2003, conv. con modificazioni in l. 26 febbraio 2004, n. 45, in G.U. n. 48 del 27.02.2004. Il d.l. 27 luglio 2005, n. 144, G.U. n. 173 del 27.07.2005, conv. con modificazioni in l. 31 luglio 2005, n. 155, G.U. n. 177 dell'1.08.2005 inserisce invece la differenziazione tra il traffico telefonico e quello telematico, prevedendo la conservazione di quest'ultimo per sei mesi. V. sul tema R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 106.

7/2015¹³⁴, che il Governo italiano adotta come immediata reazione agli attacchi terroristici in Europa – segnatamente, a Parigi e a Copenaghen – del gennaio e febbraio 2015.

Il periodo di conservazione dei dati, poi, viene nuovamente esteso nel 2017¹³⁵, quando viene prevista un'ulteriore deroga all'art. 132 e viene stabilito che il periodo di conservazione dei dati – del traffico telefonico, telematico e relativi alle chiamate senza risposta – sia di sei anni.

Nel corso degli anni la tempistica di *retention* dei metadati – poiché ad essi ci si riferisce con la locuzione “dati del traffico”, non essendo inclusi i contenuti delle comunicazioni – ha subito un forte incremento nell'ambito del sistema italiano, in particolare nel 2017. L'innalzamento del periodo di *data retention* viene previsto con l'approvazione della legge europea per il 2017 e la disposizione viene introdotta come misura di attuazione di un articolo della direttiva 2017/541¹³⁶. Si tratta della c.d. direttiva anti-terrorismo, adottata dall'Unione dopo l'acuirsi della minaccia terroristica in Europa nel biennio 2015-2016, al fine di giungere ad una migliore armonizzazione, all'interno degli Stati membri, delle discipline riguardanti i reati di terrorismo e altri crimini connessi¹³⁷. La direttiva non contiene disposizioni specifiche in materia di sorveglianza, ma enuncia tra i propri obiettivi quello di combattere il terrorismo su Internet. A questo fine, predispone una serie di misure per armonizzare la legislazione degli Stati membri in materia di provocazione pubblica al terrorismo e reati di opinione. Tuttavia, l'art. 20 della direttiva, recante «Strumenti di indagine e confisca», prevede che «[g]li Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale [...] dispongano di strumenti di indagine efficaci...».

È proprio in attuazione di questa disposizione che il Legislatore italiano ha previsto l'estensione a sei anni del periodo di *data retention*. Peraltro, la legge europea per il 2017, nel disporre tale ampliamento in deroga all'art. 132 del Codice in materia di protezione dei dati personali, omette di prevedere un *dies a quo* dopo il quale la deroga non sarà più applicabile. Questa circostanza non è priva di

¹³⁴ D.l. 18 febbraio 2015, n. 7, G.U. del 19.2.2015, conv. con modificazioni in l. 17 aprile 2015, n. 43, G.U. del 20.04.2015, n. 91.

¹³⁵ L. 20 novembre 2017, n. 167, G.U. n. 277 del 27.11.2017, art. 24.

¹³⁶ Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio, G.U.U.E. L 88 del 31.3.2017.

¹³⁷ Su questa direttiva si veda *amplius infra*.

problematicità, in quanto si intravede la possibilità di un mantenimento *ad libitum* di un periodo di conservazione piuttosto alto.

Come si è detto prima, anche l'Italia, nel maggio 2018, ha recepito con un decreto legislativo¹³⁸ la direttiva 2016/680, sul trattamento dei dati personali a fine di prevenzione dei reati. I principali aspetti del decreto riguardano l'introduzione di nuove fattispecie penali correlate con il trattamento illecito dei dati¹³⁹, il divieto di profilazione¹⁴⁰, la disciplina dei diritti dell'interessato¹⁴¹.

Diversamente che nell'ambito dello scenario francese, appare meno probabile che la disciplina italiana della sorveglianza contrasti con quanto disposto dall'Unione. L'ordinamento italiano ha indubbiamente introdotto un periodo di *data retention* che è tra i più alti a livello comparato; non vi sono state però, in parallelo, riforme di carattere organico, ad esempio, delle tecniche di sorveglianza, dei poteri delle agenzie di *intelligence*¹⁴², dei meccanismi di supervisione, che destino altrettante preoccupazioni quanto nel contesto francese.

Il periodo di conservazione dei dati è indubbiamente un aspetto importante e un innalzamento così significativo non è un segno di un bilanciamento favorevole per i diritti dell'individuo rispetto alle esigenze della sicurezza. È però più semplice giustificare un tempo di conservazione alto, rispetto a *deficit* nei controlli sull'implementazione delle misure di *intelligence* o approcci altamente deferenziali nei confronti del potere esecutivo.

La disciplina del periodo di *retention* trova più agevole giustificazione in quanto legata al periodo medio di svolgimento delle indagini per reati terroristici, come affermato anche nei lavori preparatori della legge europea del 2017¹⁴³. Il termine massimo di durata delle indagini è un aspetto che viene disciplinato, generalmente, dalla procedura penale dei singoli Stati. In Italia, per i reati commessi con finalità di terrorismo esso ammonta a due anni¹⁴⁴. Considerando i tempi necessari per l'acquisizione della notizia di reato, che possono non essere immediati rispetto alla commissione del fatto, la tempistica dei sei anni può apparire, seppure improntata ad un livellamento "verso l'alto", non del tutto irragionevole. Una valutazione può

¹³⁸ D. lgs. 51/2018, cit.

¹³⁹ *Ibid.*, artt. 43-46.

¹⁴⁰ *Ibid.*, art. 8.

¹⁴¹ *Ibid.*, artt. 9-14.

¹⁴² La cui ultima riforma risale al 2007, alla quale sono seguite alcune modifiche nel 2012. L. 3 agosto 2007, n. 124, G.U. n. 187, 13.08.2007; L. 7 agosto 2012, n. 133, G.U. n. 186, 10.8.2012.

¹⁴³ Consultabili in <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

¹⁴⁴ Art. 407, co. 2 c.p.p.

essere operata solo se si tengono in considerazione i tempi medi che portano dalla commissione di un fatto di reato – nel caso di specie, a stampo terroristico – fino alla chiusura del procedimento penale. A questo proposito, dati forniti da Eurojust dimostrano come molto spesso il tempo che passa dalla commissione dei fatti per i quali si è indagati alla condanna per un reato di tipo terroristico è di circa 5 anni¹⁴⁵.

Inoltre, lo scenario giuridico italiano appare fornire, almeno in teoria, migliori garanzie di supervisione sull'attività dei servizi segreti, essendo questi sottoposti al doppio controllo del COPASIR e della Corte costituzionale. Sul piano pratico, tuttavia, se si guarda alle recenti decisioni¹⁴⁶, lo scrutinio attuato dalla Corte tende a risolversi in una mera verifica procedurale su quanto posto in essere, piuttosto che come una sostanziale attività di controllo.

5. Terrorismo e scambio transnazionale di dati

Si è visto fin qui come la raccolta di una quantità estremamente rilevante di dati sia finalizzata all'accesso da parte delle autorità pubbliche, le quali pongono in essere su di essi le proprie analisi a scopo preventivo e, talvolta, di repressione.

Molto spesso si rende necessario attuare il controllo anche – se non soprattutto – su dati provenienti dal di fuori dei confini nazionali. Ciò pare scontato, se si tiene in considerazione il fatto che la maggior parte delle attività “a rischio” di essere oggetto di infiltrazioni di matrice terroristica hanno inevitabilmente portata che si estende al di fuori dei confini nazionali dei singoli Stati. Si pensi ai mezzi di trasporto idonei a percorrere lunghe distanze, come quello aereo; alle transazioni bancarie; all'utilizzo di *media* che, pur essendo accessibili da tutto il mondo, hanno i propri *server* localizzati in parti del globo talvolta neanche note all'utente.

Proprio al fine di monitorare queste e altre attività nelle quali l'elemento della transnazionalità è preponderante, i legislatori nazionali si ritrovano, in maniera notevole dopo l'11 settembre 2011, nella necessità di mettere a punto una serie di meccanismi che consentano alle rispettive autorità nazionali di *law enforcement* di procedere all'accesso dei dati raccolti e conservati in altre parti del mondo, oppure afferenti a soggetti al di fuori della propria giurisdizione. In questo modo, le tecniche

¹⁴⁵ Eurojust, *Terrorism Convictions Monitor*, 2017 (http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/TCMs/TCM%20Issue%2028%20-%20May%202017/2017-05_TCM-28_EN.pdf)

¹⁴⁶ Il riferimento è al caso *Abu Omar*. V. Cap. II. Sul punto, in senso critico rispetto alla «abdicazione» del proprio ruolo da parte della Corte costituzionale, si fa rinvio ad A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 394 ss.

di sorveglianza assumono il carattere della transnazionalità e sono necessari accorgimenti peculiari al fine di consentire lo scambio dei dati tra le diverse autorità in vista della loro condivisione, conservazione e analisi per combattere il terrorismo.

Per comprendere come lo scenario sul tema sia cambiato dopo l'emergere della minaccia terroristica internazionale, dall'indomani dell'11 settembre 2001 fino ai giorni nostri, questo paragrafo si muove secondo due direzioni.

Occorre in primo luogo concentrarsi sulle condizioni alle quali, in generale, lo scambio di dati è possibile. La prospettiva di analisi è quella europea, sia perché la disciplina posta dall'Unione influenza le normative nazionali di un ampio novero di Stati, sia in quanto essa permette, se letta *a contrario*, di studiare l'approccio di altri contesti giuridici con i quali gli scambi si verificano, segnatamente quello statunitense, sebbene non manchino riferimenti ad ulteriori Paesi extra-europei.

In secondo luogo, bisogna focalizzare l'attenzione sui vari settori in relazione ai quali lo scambio di dati è stato regolamentato. Qui, assume rilevanza l'ambito dello scambio di dati generati dai codici di prenotazione nell'ambito di voli transnazionali e di quelli bancari (*rectius*, afferenti alle transazioni finanziarie).

Questi sono i due ambiti in cui la regolamentazione si caratterizza come più stringente, alla luce del fatto che, da un lato, l'attività terroristica spesso comporta movimenti di carattere internazionale e, dall'altro, essa necessita di ingenti finanziamenti, da cui il bisogno di garantire la tracciabilità dei movimenti finanziari, anche e soprattutto quelli di carattere transnazionale.

5.1. La disciplina dell'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) tra Unione europea e Paesi terzi

I dati estraibili dal codice di prenotazione di voli transnazionali (*Passenger Name Records*, d'ora in poi PNR) consistono in una serie di informazioni concernenti nome e contatti del passeggero, date e itinerari di viaggio, posto assegnato, bagagli, modalità di pagamento del biglietto aereo, dati dell'eventuale agenzia di viaggio, preferenze alimentari durante lo spostamento a bordo del velivolo e molti altri aspetti concernenti l'individuo e il suo percorso¹⁴⁷. Queste informazioni vengono raccolte al momento della prenotazione del biglietto aereo. Da un lato, i dati PNR sono adeguati all'uso a fini di profilazione pubblicitaria e, più ampiamente, a scopi commerciali; dall'altro, nel *post-9/11* iniziano ad essere riconosciuti come utili per prevenire e combattere il terrorismo e altri gravi reati di natura transnazionale.

¹⁴⁷ V. per una descrizione dettagliata M. TZANOU, *The War against Terror and Transatlantic Information Sharing: Spillovers of Privacy or Spillovers of Security*, in 31 *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, 87 ss.

A tal proposito, nell'ambito dell'amplissimo novero di misure introdotte dal *Patriot Act*, il Legislatore statunitense, subito dopo gli attentati dell'11 settembre, prevede che i vettori aerei siano obbligati a conservare questi dati e a fornire l'accesso ad essi alle autorità di contrasto del terrorismo e della criminalità in genere. La concezione tradizionale della *privacy* nello scenario statunitense lascia intendere che, una volta trasferiti i dati di tutti i passeggeri di voli internazionali – anche quelli dei viaggiatori provenienti dall'Unione europea – il loro trattamento da parte alle autorità potrebbe non essere conforme al livello di tutela garantito dal diritto dell'Unione, come implementato dai singoli Stati membri.

Nel 2001, all'epoca degli avvenimenti di New York e Washington, il riferimento giuridico, a livello della (allora) Comunità europea – e quindi per gli Stati membri – in tema di *data protection* è la direttiva 95/46/CE. Non è ancora avvenuta l'elevazione a livello di diritto primario degli artt. 7 e 8 della Carta – con l'attribuzione a quest'ultima dello stesso *status* dei Trattati¹⁴⁸ – e non vi sono state le pronunce della Corte di giustizia in materia di dati personali. Il divario di tutela è ampio e appare evidente che permettere il puro e semplice trasferimento dei dati PNR dei passeggeri UE alle autorità statunitensi, senza alcuna ulteriore garanzia, presenta il forte rischio di sfociare nella violazione degli *standard* di tutela propri del contesto giuridico europeo. D'altro canto, non è neanche uno scenario ipotizzabile il rifiuto integrale di trasferimento dei dati¹⁴⁹, che porterebbe indubbiamente a un deterioramento delle relazioni con gli Stati Uniti, con danni rilevantissimi a livello economico e commerciale¹⁵⁰.

La direttiva 95/46/CE prevede, all'art. 25, che «il trasferimento verso un Paese terzo di dati personali oggetto di un trattamento o destinati a essere oggetto di un trattamento dopo il trasferimento può aver luogo soltanto se il Paese terzo di cui trattasi garantisce un *livello di protezione adeguato*» (corsivo aggiunto). La Corte di giustizia, in un'importante decisione¹⁵¹ di circa quindici anni dopo il 2001,

¹⁴⁸ Su come tale equiparazione si rapporti con la “costituzionalizzazione” dell'Unione europea, v. ampiamente L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2013.

¹⁴⁹ In tal caso, la normativa statunitense prevede sanzioni amministrative e il blocco delle rotte.

¹⁵⁰ V. A. VEDASCHI, G. MARINO NOBERASCO, *From DRD to PNR: Looking for a New Balance between Privacy and Security*, in D. COLE, F. FABBRINI, S. SCHULHOFER (eds.), *Surveillance, Privacy and Trans-Atlantic Relations*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 67 ss., spec. 70.

¹⁵¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14, 6.10.2015. Subito dopo le rivelazioni di Snowden del 2013, l'austriaco Maximilian Schrems contesta dinanzi al Garante per la protezione dei dati personali irlandese il fatto che

interpreterà il concetto di «livello di protezione adeguato» come «essenziale equivalenza»¹⁵² degli *standards* di *data protection* del Paese terzo rispetto a quelli del contesto UE.

Pertanto, subito dopo il 2001 iniziano una serie di negoziazioni, prima con gli Stati Uniti e poi, via via, con i vari Paesi che includono, nel proprio diritto interno, l'obbligo di trasferimento dei dati PNR dai vettori aerei alle autorità nazionali¹⁵³. Tali trattative sono finalizzate, in primo luogo, alla verifica dell'esistenza di condizioni adeguate di protezione dei dati personali – in vista dell'eventuale adozione di una decisione di adeguatezza da parte della Commissione – e, successivamente, alla stipulazione di accordi internazionali tra l'Unione e i Paesi terzi per regolamentare lo scambio dei dati PNR.

Prima di vedere quali siano, allo stato attuale dei fatti, gli accordi internazionali che l'Unione ha negoziato con Paesi non-UE relativamente allo scambio dei dati PNR, bisogna ricostruire, in linea generale, come questi dati vengono impiegati, da un punto di vista tecnico, al fine della prevenzione delle attività terroristiche e del monitoraggio dei sospetti.

Facebook non abbia impedito il trasferimento dei dati da Facebook Ireland alla statunitense Facebook Inc. Il caso arriva davanti alla Corte di giustizia per via di un rinvio pregiudiziale di interpretazione da parte della High Court irlandese, presso la quale è stato nel frattempo presentato ricorso contro la determinazione dell'autorità di *data protection* irlandese. La Corte di giustizia, nel dichiarare l'invalidità dello schema di trasferimento dei dati dall'Unione europea agli Stati Uniti, specifica il significato dell'art. 25 della direttiva *data protection* e del requisito di adeguatezza posto dalla stessa. In particolare, secondo la Corte, l'ordinamento del Paese verso cui il trasferimento avviene deve garantire *standard* «essenzialmente equivalenti» quanto alla protezione dei dati personali. Sui motivi che hanno determinato la Corte di giustizia a ritenere le garanzie statunitensi non essenzialmente equivalenti a quelle dell'Unione europea, v. L. DETERMANN, *Adequacy of data protection in the USA: myths and facts*, in 3 *International Data Privacy Law*, 2016, 244 ss. Sul concetto di «essenziale» nel diritto dell'Unione, M. BRKAN, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, in 14 *European Constitutional Law Review*, 2018, 334 ss. V. anche, sul caso *Schrems*, V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, UniTre Press, 2016.

¹⁵² Il disposto dell'art. 25 della direttiva 95/46/CE si ritrova nel regolamento (UE) 2016/679, che la ha sostituita, in quanto questo prevede, all'art. 45, che «[i]l trasferimento di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale è ammesso se la Commissione ha deciso che il paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno del paese terzo, o l'organizzazione internazionale in questione garantiscono un livello di protezione adeguato».

¹⁵³ In particolare, Australia e Canada, ma normative simili sono state approvate anche in Argentina, Giappone, Messico, Israele.

Vi sono due metodi di acquisizione dei dati PNR da parte delle autorità: essi sono denominati *pull method* e *push method*. Con il primo, le autorità di *law enforcement* possono avere accesso diretto alle informazioni estraibili dai dati PNR, senza necessità di ottenere alcun tipo di autorizzazione da parte dei vettori aerei. Con il secondo, non vi è accesso diretto, ma sono le compagnie aeree a trasmettere i dati alle autorità che li abbiano preventivamente richiesti, attuando una funzione di “filtro”. Sebbene i primi accordi utilizzassero il metodo *pull*, gli accordi odierni fanno ricorso al metodo *push*, ritenuto maggiormente garantistico.

È poi necessario focalizzare l’attenzione sul tipo di dati che possono essere oggetto di tale processo di raccolta, conservazione e analisi. Sebbene il novero di informazioni sottoposte a tale regime sia molto ampio, sono esclusi esplicitamente – almeno in via di regola e con riferimento agli accordi attualmente in vigore¹⁵⁴ – i dati sensibili¹⁵⁵.

Inoltre, i dati PNR raccolti sono soggetti ad un tempo massimo di conservazione (*retention period*) stabilito dall’accordo stesso. Spesso, vi sono dei periodi “intermedi” durante le quali si ricorre alle c.d. tecniche di de-personalizzazione dei dati. La de-personalizzazione può qualificarsi, alternativamente, come anonimizzazione o come pseudonimizzazione. In entrambi i casi, i dati non sono più rapportabili ad una specifica persona. La differenza sta nel fatto che, mentre l’anonimizzazione è irreversibile, con la pseudonimizzazione i dati possono essere – limitatamente al verificarsi di talune circostanze fattuali¹⁵⁶ e con limiti temporali – nuovamente collegati all’identità personale di un individuo. Con l’anonimizzazione, i dati non si qualificano più come “dati personali” e non sono applicabili le relative garanzie, mentre con la pseudonimizzazione le informazioni restano pur sempre afferenti alla categoria dei dati personali. Quanto al loro impiego, i dati che vengono trasmessi alle autorità vengono confrontati con *files* già esistenti e contenenti i dati

¹⁵⁴ Cfr. A. VEDASCHI, G. MARINO NOBERASCO, *op. cit.*, 71.

¹⁵⁵ Il concetto di “dato sensibile” viene definito in ciascuno degli accordi PNR tra l’Unione europea e gli Stati terzi. Tuttavia, si tende ad armonizzare questa definizione a quella fatta propria dal diritto UE. Al momento, l’art. 9 del regolamento (UE) 2016/679, parlando di «categorie particolari di dati personali», fa riferimento a dati che «rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona». Questa definizione è ripresa dalla abrogata direttiva 95/46/CE e, se si guarda agli accordi PNR in vigore o a quelli del passato, essi la recepiscono *in toto*.

¹⁵⁶ Nello specifico, si tratta solitamente della necessità di utilizzarli nel corso di indagini e sempre entro un tempo prestabilito, dopo il quale i dati pseudonimizzati divengono definitivamente anonimi.

di persone sospette, nonché analizzati al fine di verificare se soggetti fino a quel momento sconosciuti alle autorità presentano un qualche rischio di coinvolgimento in attività terroristiche.

Al momento vi sono accordi in vigore con l'Australia e gli Stati Uniti; sono in corso negoziazioni con il Messico e vi è il progetto di iniziarle con l'Arabia Saudita, l'Argentina, il Giappone. La situazione con il Canada è poi peculiare, perché nel luglio 2017 la Corte di giustizia ha espresso parere negativo sul progetto di un nuovo accordo per lo scambio dei dati PNR (in sostituzione di quello precedente del 2006), determinando l'impossibilità della sua entrata in vigore¹⁵⁷.

Si è resa pertanto necessaria la rinegoziazione di un nuovo testo¹⁵⁸. Essa si è conclusa nel luglio 2019¹⁵⁹, ma il nuovo accordo non è ancora stato pubblicato.

In luogo di una ricostruzione dettagliata, scandita in senso diacronico, dei vari accordi che sono stati negoziati tra l'Unione e gli Stati terzi per lo scambio dei dati PNR e degli aspetti specifici di ciascuno di essi¹⁶⁰, è maggiormente funzionale, per lo svolgimento del presente discorso, concentrarsi su quali elementi afferenti ad essi siano stati, nel corso del tempo, oggetto di controversia e di giudizio dinanzi alla Corte di giustizia. Il discorso è preliminare all'esame delle posizioni che la Corte ha assunto nel tempo, finalizzate ad esprimere un giudizio sull'approccio che essa abbraccia, allo stato dei fatti, in relazione al bilanciamento fra libertà e sicurezza in questo particolare settore.

Un primo nucleo di questioni pertiene alla base giuridica per l'adozione di questo tipo di strumento. Le decisioni del Consiglio relative alla conclusione dei primi accordi sullo scambio di dati PNR sono basate su disposizioni dei Trattati che

¹⁵⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, parere A-1/15, 26 luglio 2017. V. per un'analisi A. VEDASCHI, *The European Court of Justice on the EU-Canada Passenger Name Record Agreement: ECJ, 26 July 2017, Opinion 1/15*, in 14 *European Constitutional Law Review*, 2018, 410 ss.; C. KUNER, *International agreements, data protection, and EU fundamental rights on the international stage: Opinion 1/15, EU-Canada PNR*, in 55 *Common Market Law Review*, 2018, 857 ss.

¹⁵⁸ In base all'art. 218, co. 11 TFUE, quando vi è un parere negativo della Corte di giustizia su un progetto di accordo internazionale da concludersi tra l'Unione e uno Stato terzo, tale accordo non può entrare in vigore nel testo sottoposto alla Corte. Pertanto, le opzioni a disposizione sono la rinegoziazione o la decisione di rinunciare all'accordo. Sulla procedura ex art. 218 TFUE e sul ruolo della Corte di giustizia nell'ambito di essa dopo il Trattato di Lisbona, N. ZIPPERLE, *EU International Agreements: An Analysis of Direct Effects and Judicial Review Pre- and Post-Lisbon*, Cham, Springer, 2018, 97 ss.

¹⁵⁹ Canada-EU Summit Joint Declaration, July 17-18, 2019, Montréal, in <https://www.consilium.europa.eu/media/40403/final-2019-joint-declaration-final.pdf>.

¹⁶⁰ Per la quale è fatto rinvio ad A. VEDASCHI, G. MARINO NOBERASCO, *op. cit.*, *passim*.

riguardano l'armonizzazione delle regole del mercato interno¹⁶¹. La prima contestazione della base giuridica della decisione del Consiglio su un accordo PNR si ha quando, nel 2004, il Parlamento europeo impugna la decisione del Consiglio sulla firma del primo accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti per lo scambio dei dati PNR. Proprio questo rilievo relativo alla base giuridica fa sì che la Corte di giustizia annulli la decisione del Consiglio sulla conclusione dell'accordo e la decisione della Commissione circa l'adeguatezza del livello di *data protection* negli Stati Uniti¹⁶². La sentenza della Corte porta alla negoziazione di un nuovo accordo con gli Stati Uniti, che entra in vigore nel 2007. Esso viene basato su due norme del terzo pilastro – artt. 24 e 38 TUE – relative alla cooperazione in materia penale e di polizia. Lo stesso approccio viene seguito nella stesura del primo accordo con il Canada, firmato nel 2006.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'eliminazione della divisione in pilastri, gli accordi per lo scambio dei dati PNR – in particolare, il nuovo accordo con gli Stati Uniti e quello con l'Australia, entrambi del 2012 – sono ugualmente fondati su norme relative alla cooperazione giudiziaria e di polizia, in particolare gli artt. 82, co. 1, lett. d) e 87, co. 2 TFUE. Tale approccio sembra aver recepito la finalità marcatamente securitaria di questi strumenti, prima meno evidente a causa dell'utilizzo di basi giuridiche afferenti al mercato interno.

Una novità si ha nel 2017, con il citato parere della Corte di giustizia relativo al progetto di accordo PNR tra l'Unione europea e il Canada¹⁶³. Anche la decisione del Consiglio relativa alla conclusione di tale accordo è basata sulle due norme del TFUE da ultimo citate. La Corte rileva che la base giuridica appropriata dovrebbe essere duplice e includere anche l'art. 16 TFUE, relativo alla protezione dei dati personali e alle azioni che le istituzioni dell'Unione devono porre in essere per garantirla. Ritene sia da escludere, invece, l'art. 82, in quanto questo tipo di accordi non incide sulla cooperazione giudiziaria.

Come osservato dalla dottrina¹⁶⁴, tale posizione della Corte di giustizia non solo rinforza in maniera rilevante il ruolo dell'Unione nell'ambito della protezione dei dati personali, ma, ben lungi dal configurarsi come statuizione su una questione

¹⁶¹ Art. 95 TCE.

¹⁶² Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parlamento europeo c. Consiglio e Commissione*, C-317/04 e C-4318/04, 30.05.2006. Si veda U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. 180 ss.

¹⁶³ Essendo il precedente accordo venuto a scadenza nel 2009.

¹⁶⁴ A. VEDASCHI, *Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU–Canada PNR agreement*, cit., 134.

meramente procedurale, sta a significare una particolare sensibilità, da parte dei giudici di Lussemburgo, nei confronti della duplice finalità sostanziale degli accordi PNR. Se da un lato essi mirano alla protezione della sicurezza – alla quale si perviene per mezzo della cooperazione di polizia –, si deve al contempo considerare che la tutela dei dati personali dei passeggeri non può essere messa in secondo piano.

Un secondo aspetto degli accordi PNR che pone problemi di carattere giuridico è la tecnica di scrittura. Come accennato, esistono delle categorie di dati PNR – comuni a tutti gli accordi fino a questo momento conclusi – ma la loro elencazione è spesso caratterizzata da tratti di vaghezza. Tale problematica ha portato alla censura di diverse previsioni del progetto di accordo fra Unione europea e Canada da parte della Corte di giustizia.

In effetti, il parere del 2017 costituisce l'unica decisione con cui la Corte si è pronunciata sul merito di un accordo PNR, ponendosi come il principale riferimento per ricostruire l'approccio della Corte di Lussemburgo alla questione¹⁶⁵. Ad esempio, vengono censurati in tale decisione l'utilizzo della parola "ecc." nel testo del progetto di accordo; la scrittura della clausola relativa alla supervisione sull'utilizzo dei dati PNR¹⁶⁶; la mancanza di dettaglio sulla differenziazione delle tecniche di conservazione a seconda della localizzazione territoriale del passeggero¹⁶⁷. Anche in questo caso, le censure sulla tecnica di *drafting* degli accordi PNR non costituiscono certo questione di mero stile.

Sempre la Corte di giustizia nel parere da ultimo citato rileva come la mancanza di precisione e chiarezza caratterizzante alcune clausole potrebbe portare all'utilizzo, nell'ambito dei programmi per lo scambio dei dati PNR, di dati sensibili – che sono

¹⁶⁵ Dal momento che, nel citato caso del 2004 relativo al primo accordo PNR tra gli Stati Uniti e la Comunità europea, la Corte ferma alla questione della base giuridica, non valutando la compatibilità dell'accordo con i diritti individuali. E d'altronde, anche se ciò fosse accaduto, il parametro sarebbe stato unicamente la direttiva 95/46/CE, non avendo ancora la Carta valore giuridico vincolante, ma essendo essa fornita di una forza meramente interpretativa. Sul valore della Carta nel periodo *pre*-Trattato di Lisbona, L. TRUCCO, *op. ult. cit.*

¹⁶⁶ In base ad essa, tale funzione può essere esercitata per mezzo di una «autorità pubblica indipendente» oppure di una «autorità istituita con mezzi amministrativi che eserciti le sue funzioni in modo imparziale e disponga di una comprovata autonomia». Secondo la Corte, si tratta di una formulazione in termini alternativi non idonea ad assicurare la piena indipendenza dell'autorità di supervisione.

¹⁶⁷ Non sarebbe necessario, a giudizio della Corte, conservare i dati anche dopo che il passeggero è ripartito dal territorio canadese, dato che quelle informazioni sono state già verificate e controllate nel momento del suo arrivo.

di norma esclusi da questo tipo di accordi¹⁶⁸ – e, con ciò, alla profilazione discriminatoria di alcuni individui.

Ancora, l'uso sempre più avanzato della tecnologia nell'ambito dell'analisi dei dati PNR può creare falle nella protezione dei diritti individuali dei passeggeri. L'analisi generale di questi dati si effettua, in primo luogo, grazie al raffronto degli stessi con informazioni contenute in *databases* relativi a persone sospette di reati di stampo terroristico. Qualora non vi siano corrispondenze, i dati vengono analizzati *ex novo* ed inseriti in un *database* che permette la loro conservazione.

La procedura di raffronto con *databases* già esistenti avviene, secondo i protocolli applicati in tutti gli Stati che utilizzano un sistema di analisi PNR, in maniera automatizzata, vale a dire applicando algoritmi computerizzati. È vietata da tutti gli accordi in materia di PNR l'adozione di decisioni sfavorevoli, per il soggetto i cui dati sono analizzati, che siano basate sulla sola analisi automatica. In altre parole, è sempre richiesto l'intervento umano che proceda alla revisione di eventuali corrispondenze positive individuate dal sistema automatico¹⁶⁹. Lo stesso obbligo viene previsto dallo schema interno dell'Unione europea in materia di trattamento dei dati PNR, costituito dalla direttiva 2016/681¹⁷⁰. Ci si può chiedere se un simile *caveat* – ossia la necessità dell'intervento umano per prendere decisioni avverse nei confronti del titolare dei dati – sia sufficiente ad evitare davvero *qualsiasi* rischio derivante dall'automatizzazione. Si potrebbe argomentare, ad esempio, che per quanto accuratamente la “revisione” da parte dell'essere umano possa essere espletata, questa non potrebbe superare eventuali errori o mancanza di

¹⁶⁸ V. Corte di giustizia, parere A-1/15, cit. In tale passaggio, si sottolinea che l'utilizzo della dizione «tutte le informazioni supplementari» potrebbe portare all'inclusione di alcuni dati sensibili nell'ambito dei dati conservati, in mancanza di una «giustificazione precisa e particolarmente solida, vertente su motivi diversi dalla protezione della sicurezza pubblica contro il terrorismo e i reati gravi di natura transnazionale».

¹⁶⁹ Ciò per evitare i rischi della c.d. dittatura dell'algoritmo. V. su questo tema S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 123.

¹⁷⁰ Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, G.U.U.E. L 119, 4.05.2016, 132-149. Con questa direttiva, l'Unione europea – *rectius*, gli Stati membri in sede di suo recepimento – obbliga i vettori aerei provenienti da Paesi terzi al trasferimento dei dati PNR e fissa le relative garanzie. Per quanto la direttiva sia stata usata come *benchmark* in vari passaggi del parere della Corte di giustizia sui dati PNR, non mancano, all'interno della stessa, incongruenze con quanto statuito dalla Corte nel luglio 2017. Per un'analisi, si veda E. CARPANELLI, N. LAZZERINI, *PNR: Passenger Name Record, Problems Not Resolved? The EU PNR Conundrum After Opinion 1/15 of the CJEU*, in 42 *Air & Space Law*, 2017, 377 ss., spec. 391 ss.

aggiornamento del *database* utilizzato come termine di paragone, ma potrebbe solo rimediare al normale margine di errore esistente nell'impiego dell'algoritmo che procede al confronto¹⁷¹.

Come già evidenziato, anche l'Unione europea prevede, con la direttiva 2016/681, il trasferimento dei dati PNR dai vettori aerei che atterrano su ciascuno dei suoi Stati membri alle autorità di questi ultimi. La maggior parte degli Stati membri ha già recepito la direttiva, oppure, in caso di previa esistenza a livello interna di uno schema giuridico per il trasferimento dei PNR¹⁷², ha adeguato la propria legislazione. Tra questi, anche l'Italia ha proceduto al recepimento della direttiva nel proprio ordinamento giuridico interno, con d. lgs. 53/2018¹⁷³.

La disciplina europea presenta delle più forti garanzie rispetto a quanto stabilito dai vari accordi che l'Unione ha stipulato con Paesi terzi. Ad esempio, si prevede che gli Stati membri siano tenuti ad istituire delle Unità di informazione sui passeggeri (UIP), che hanno lo specifico compito di individuare, grazie all'analisi dei dati, se vi siano passeggeri implicati in reati di terrorismo o altri gravi crimini. La predisposizione, in ciascuno Stato, di un'unità apposita e specializzata pare garantire più forti tutele per i passeggeri¹⁷⁴.

A conclusione della riflessione sullo scambio transnazionale di dati finalizzato all'analisi delle informazioni estraibili dai dati PNR, alcune osservazioni si rendono opportuno. Esse si incentrano, in primo luogo, sul crescendo di attenzione della Corte di giustizia per la questione e, in secondo luogo, su come eventuali controversie rispetto alla capacità dei sistemi PNR di tutelare i diritti degli individui pur garantendo la sicurezza nazionale potrebbero essere nel futuro gestite.

¹⁷¹ È a questo rischio, probabilmente, che la Corte di giustizia si riferisce, nel citato parere sull'accordo PNR tra UE e Canada, quando, pur guardando con favore alla disposizione che richiede l'intervento umano, ammonisce che «le banche dati con le quali i dati PNR sono confrontati devono essere affidabili, aggiornate e limitate a banche dati gestite dal Canada in relazione alla lotta al terrorismo e ai reati gravi di natura transnazionale».

¹⁷² Ad esempio, è il caso del Regno Unito, il quale si trovava ad essere, nel 2011, anno in cui si ha la prima proposta di direttiva sul tema, l'unico Stato membro dell'Unione europea che disponeva già di un proprio quadro giuridico organico sul trasferimento, conservazione e utilizzo dei dati PNR. V. A. FIODOROVA, *Information Exchange and EU Law Enforcement*, London-New York, Routledge, 2018, alla quale si rimanda anche per un'estensiva analisi della direttiva.

¹⁷³ D. lgs. 21 maggio 2018, n. 53, G.U. 25.5.2018, n. 120.

¹⁷⁴ V., per un commento prettamente positivo sulla direttiva PNR, D. LOWE, *Terrorism: Law and Policy*, London-New York, Routledge, 2018. L'A. sottolinea, anzi, come uno dei punti criticabili di questo schema sia semmai il fatto che esso si estende solamente ai viaggi aerei. A questo proposito, rileva l'orientamento del Regno Unito, che tenderà ad estendere le tecniche di raccolta e analisi di PNR anche ai viaggi via terra e via mare.

Per quanto riguarda la posizione della Corte di giustizia, la pronuncia più recente – e anche l'unica che riguarda il merito di un accordo PNR, inteso come compatibilità delle sue clausole con i diritti della persona – è il parere del 2017 sul progetto di accordo PNR. In questa decisione, la Corte assume un approccio che apre al compromesso, in quanto legittima la sorveglianza utilizzando i dati PNR, pur ribadendo come essa debba essere ricondotta a strette condizioni fissate dai giudici stessi¹⁷⁵. Sembra delinearsi a livello dell'Unione una forte consapevolezza circa la necessità di metodi e tecniche che limitino in una certa misura i diritti fondamentali, ai fini di esigenze di sicurezza. La posizione fatta propria dalla Corte di giustizia nel parere del 2017 presenta caratteri di alta raffinatezza giuridica nella configurazione del bilanciamento – o, secondo alcuni, contemperamento¹⁷⁶ – tra libertà e sicurezza in questa decisione.

Tuttavia, perlomeno in relazione alla tematica dell'utilizzo dei dati PNR, questo approccio potrà essere difficilmente seguito dagli Stati membri. La ragione non è da ricercarsi in una generalizzata mancanza di volontà politica, da parte dei legislatori nazionali, di conformarsi a tali criteri, bensì alla struttura giuridica della regolamentazione dello scambio dei dati PNR. La materia viene regolata o da accordi internazionali tra l'Unione e un Paese terzo la cui normativa interna richieda la trasmissione dei PNR dai vettori aerei alle autorità pubbliche, oppure – quando a richiedere i dati sono le autorità degli Stati membri – dalla direttiva 2016/681, che i legislatori nazionali sono tenuti a recepire. Pertanto, destinatari diretti delle indicazioni della Corte, in questo specifico settore, sono precipuamente le istituzioni dell'Unione, tanto nell'ambito della (ri)negoziiazione dei successivi accordi internazionali in materia di PNR, quanto nella predisposizione di atti legislativi quali la direttiva del 2016.

Gli Stati membri – e le corti nazionali – non hanno possibilità di contestare gli accordi internazionali che intervengono tra l'Unione e i Paesi terzi. L'unica procedura astrattamente idonea a raggiungere tale risultato potrebbe ravvisarsi nel rinvio pregiudiziale, ma appare alquanto difficile che un accordo tra l'Unione e uno Stato terzo assuma rilevanza nell'ambito di un giudizio interno, in quanto esso ha

¹⁷⁵ A. VEDASCHI, *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2017, 1913 ss., spec. 1934. V. anche K. KUNER, *op. cit.*, 871-872, che sottolinea come in questo parere la Corte appare allontanarsi dall'approccio adottato nella decisione *Tele2*, in cui si era pronunciata contro la conservazione dei dati «general and indiscriminate». Cfr. Corte di giustizia, *Tele2 Sverige*, cit.

¹⁷⁶ A. VEDASCHI, *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., 1937.

come destinatari le istituzioni dell'Unione e non le autorità degli Stati (se non indirettamente).

Per quanto riguarda, invece, la direttiva, si intravedono maggiori spazi per una *voice* degli Stati membri sull'argomento. Qualora gli atti interni di recepimento non dovessero essere conformi alle garanzie di *privacy* e *data protection* – sia per come configurate dagli ordinamenti interni, sia rispetto al quadro euro-unitario, come interpretato dalla Corte di giustizia – sussistono possibilità di annullamento a livello interno, da parte delle corti supreme e costituzionali. Inoltre, la stessa direttiva 2016/681, qualora fosse ritenuta, nella sua applicazione concreta, non conforme alle disposizioni UE, potrebbe essere oggetto di rinvio pregiudiziale di validità da parte di qualsiasi giudice nazionale, alla stregua di quanto accaduto con la direttiva *data retention*.

5.2. Il Terrorist Finance Tracking Program

In tema di scambio transnazionale di dati ai fini di prevenzione e contrasto di reati terroristici, bisogna prendere in considerazione un ulteriore strumento che permette lo scambio di dati afferenti alle transazioni finanziarie. Si tratta del c.d. *SWIFT agreement*, conseguente all'impiego, da parte del Dipartimento del Tesoro statunitense, del *Terrorist Finance Tracking Program* (TFTP). Esso è un programma – originariamente segreto – adottato dagli Stati Uniti poco dopo gli attentati del 2001 e rivelato nel 2006 dal *New York Times*¹⁷⁷. Dopo tali rivelazioni, si viene a scoprire che i servizi di *intelligence* statunitensi hanno accesso ai dati delle transazioni finanziari collocati nel *database* SWIFT¹⁷⁸.

Lo scandalo che segue a tali rivelazioni dipende dal fatto che il TFTP potrebbe violare gli *standards* europei in tema di *privacy* delle transazioni finanziarie¹⁷⁹, tra l'altro all'insaputa, fino a quel momento, dell'opinione pubblica. Il principale motivo di violazione scaturirebbe dalla possibilità, per l'*intelligence* statunitense, di procedere a queste operazioni a prescindere da alcuna autorizzazione ottenuta con *warrant*¹⁸⁰.

¹⁷⁷ E. Lichtblau, J. Risen, *Bank Data Is Sifted by U.S. in Secret Block Terror*, New York Times (June 23, 2006), <https://www.nytimes.com/2006/06/23/washington/23intel.html>.

¹⁷⁸ Society for Worldwide Interbank Financial Transactions, avente sede a Bruxelles e con il ruolo di stabilire *standard* comuni per le transazioni finanziarie che avvengono a livello internazionale.

¹⁷⁹ S. KIERKEGAARD, *US war on terror EU SWIFT(ly) signs blank cheque on EU data*, in 27 *Computer Law & Security Review*, 2011, 451 ss.

¹⁸⁰ Nel sistema statunitense, ciò è possibile in quanto, alla luce della sentenza *United States v. Miller*, cit., ai dati provenienti dalle transazioni finanziarie si applica la *third-party doctrine*. Pertanto, essi non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del Quarto

Per regolamentare l'accesso, da parte dei servizi segreti statunitensi, ai dati bancari relativi a milioni di transazioni, l'Unione europea conclude, nel giugno 2007, un accordo che permette agli Stati Uniti di perpetuare tale pratica, ma con la clausola che essa venga impiegata solo a fini di antiterrorismo. L'accordo deve essere rinegoziato nel 2009, a causa di alcune modifiche nel sistema SWIFT¹⁸¹.

Nel frattempo, è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che affida al Parlamento europeo il potere di approvare in via definitiva gli accordi internazionali tra l'Unione e i Paesi terzi. Il Parlamento europeo rifiuta tale approvazione in quanto l'accordo non garantirebbe adeguati rimedi in caso di applicazione illegittima delle misure in esso contenuto e permetterebbe la sorveglianza massiva e indiscriminata di chiunque proceda ad una transazione bancaria. Perciò l'accordo non entra in vigore e viene ulteriormente rinegoziato.

Una seconda versione dell'accordo entra in vigore nel luglio 2010. Sebbene in esso si intravedano migliori garanzie per l'accesso dei cittadini europei ad un rimedio giurisdizionale in caso di violazioni derivanti dall'applicazione delle misure, non viene posto rimedio al sistema "massivo" di sorveglianza, sulla scorta della considerazione che tale approccio costituisce l'essenza stessa del sistema, il quale perderebbe la propria efficacia nel caso in cui venisse imposto un funzionamento diverso¹⁸². Differentemente dalla versione precedente, il testo dell'accordo prevede un ruolo più pronunciato di Europol, che ha il compito di verificare volta per volta se i dati richiesti dagli Stati Uniti siano effettivamente necessari per combattere il terrorismo e il suo finanziamento¹⁸³. Europol può rifiutare il trasferimento dei dati qualora non ravvisi questa necessità.

Emendamento e qualsiasi intrusione da parte del Governo in questo tipo di transazione è possibile senza l'ottenimento di un *warrant*.

¹⁸¹ K.E. BOON, A. HUQ, D.C. LOVELACE (eds.), *U.S. Approaches to Global Security Changes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 408

¹⁸² K.E. BOON, A. HUQ, D.C. LOVELACE (eds.), *op. cit.*, 408. Per i dettagli di funzionamento dell'accordo entrato in vigore nel 2010, si veda S. KIERKEGAARD, *op. cit.*, 457 ss.

¹⁸³ V., per l'approccio eurounitario al finanziamento del terrorismo, la c.d. saga Kadi, in cui la Corte di giustizia si è pronunciata sulla legittimità dei regolamenti adottati dalla Comunità per combattere il finanziamento. V. M. ABELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, London-New York, Routledge, 2014; G. DELLA CANANEA, *Global Security and Procedural Due Process of Law Between the United Nations and the European Union: Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council*, in 15 *Columbia Journal of European Law*, 2009, 511 ss. V. anche D. DEL VESCOVO, *Il principio della effettività della tutela giurisdizionale: alla ricerca del difficile equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Nomos*, 1/2018, 1 ss.

Differentemente da quanto detto in relazione agli accordi PNR, l'accordo SWIFT non è mai stato impugnato né il Parlamento europeo, prima di determinarne la definitiva entrata in vigore, lo ha sottoposto al giudizio della Corte di giustizia. La versione entrata in vigore nel 2010 è attualmente vigente e regola il trasferimento verso gli Stati Uniti dei dati afferenti alle transazioni finanziarie. Nel gennaio 2017, viene pubblicato il quarto rapporto congiunto, a cura delle autorità dell'Unione e di quelle statunitensi, relativo all'implementazione dell'accordo, che contiene considerazioni di carattere sostanzialmente positivo sul suo funzionamento e sulle garanzie contenute in esso¹⁸⁴.

In linea generale, si può osservare che l'accordo SWIFT potrebbe porre problemi di compatibilità con la giurisprudenza della Corte di giustizia, soprattutto se si tiene in considerazione la posizione che quest'ultima ha fatto propria nel parere sull'accordo PNR tra l'Unione e il Canada. Un esempio è dato dall'approccio dell'accordo SWIFT ai dati sensibili. La loro raccolta e conservazione è resa possibile, ma alla sola condizione che gli Stati Uniti, in tal caso, adottino procedure idonee a tenere conto «del loro carattere particolarmente sensibile». Si tratta, evidentemente, di una clausola di mero stile¹⁸⁵, che lascia ampia discrezionalità alle autorità statunitensi.

Negli anni in cui l'accordo è stato concluso, le istituzioni europee stavano negoziando, in parallelo, anche l'accordo PNR con gli Stati Uniti e quello con l'Australia. In entrambi i casi, si intravede un certo cedimento rispetto all'approccio statunitense, che tende a venire legittimato e, spesso, semplicemente “ratificato” dall'Unione europea. Uniche forze “centrifughe” rispetto a tale *trend* appaiono essere rappresentate dal Parlamento europeo e dalla Corte di giustizia. Il ruolo di entrambi è incrementato dopo il Trattato di Lisbona. Con riferimento alla Corte, tale accrescimento delle proprie funzioni sembra averle confermato un ruolo “para-costituzionale”; il Parlamento, poi, sembra meglio esplicitare un orientamento volto al bilanciamento della sicurezza con i diritti. Ciò si contrappone all'approccio talvolta maggiormente securitario – o, talvolta, potenzialmente determinato da una minore “forza contrattuale” rispetto alle istituzioni degli Stati terzi – del Consiglio e della Commissione.

¹⁸⁴ COM(2017) 31 final.

¹⁸⁵ O, se si vuole, di una clausola estremamente vaga: l'accordo SWIFT pare avere in comune con gli strumenti giuridici per la gestione dei dati PNR il problema della vaghezza del *drafting*.

SEZIONE II

1. La libertà di espressione nella prospettiva statunitense

Come noto, la protezione costituzionale della libertà di espressione viene assicurata nel contesto giuridico statunitense dal Primo Emendamento, il quale afferma che «[t]he Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech or of the press»¹. Si tratta dell'unico articolo del *Bill of Rights* indirizzato in maniera esplicita al Congresso. L'estensione della tutela assicurata dal Primo Emendamento americano viene pacificamente considerata dalla dottrina come non avente eguali nel panorama internazionale².

Il fondamento teorico di tale forte protezione è ricondotto, nello specifico, a diversi argomenti via via elaborati dalla dottrina e ripresi dalla giurisprudenza, più o meno esplicitamente, nel corso degli anni³. In primo luogo, vi è la concezione del «marketplace of ideas»⁴. Sulla falsariga delle teorie liberiste, che vedono nel libero

¹ Peraltro, mentre una qualche forma di protezione della libertà di stampa è presente anche nelle costituzioni dei singoli Stati – in particolare, nove di essi su tredici – nel periodo precedente alla formazione della federazione, solo la costituzione della Pennsylvania e quella del Vermont garantivano la libertà di espressione. V. *amplius*, in relazione alle costituzioni precedenti a quella federale, S.M. FELDMAN, *Free speech and free press*, in M. TUSHNET, M.A. GRABER, S. LEVINSON (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 350.

² K. GELBER, *Free Speech after 9/11*, Oxford, Oxford University Press, 2016. Secondo J. WEINSTEIN, *An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 73 ss., spec. 81, il *free speech* americano protegge addirittura «the most noxious forms of extreme speech imaginable».

³ S.G. CALABRESI, B.G. SILVERMAN, J. BRAVER, *The U.S. Constitution and Comparative Constitutional Law*, Washington, Foundation Press, 2016, 985.

⁴ In dottrina, la protezione pronunciata della libertà di espressione grazie al concetto di *marketplace of ideas* viene sostenuta da R.J. KROTOSZYNSKI, *The First Amendment in Cross. Cultural Perspective: A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*, New York, New York University Press, 2006, 13. In giurisprudenza, l'espressione viene usata per la prima volta nella sentenza *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919), nell'opinione dissenziente del giudice Holmes. Questa metafora viene spesso ricondotta al pensiero filosofico-politico di Mill, e in particolare al suo saggio *On Liberty*, in riferimento ad una situazione in cui le persone si scambiano in maniera libera idee e opinioni. Nondimeno, si tratta di un'espressione mai utilizzata nei lavori di Mill e che parte della dottrina ritiene non rispecchiare in maniera completa né il liberismo nell'accezione milleriana, né, più in particolare, la visione di tale filosofo sul tema della libertà di espressione. In tal senso, J. GORDON, *John Stuart Mill and the "Marketplace of Ideas"*, in *23 Social Theory and Practice*, 1997, 235 ss. Il concetto, inoltre, viene fatto risalire all'opera *Aeropagitica* di John Milton, nella quale vengono presentati diversi argomenti contro qualsiasi censura o autorizzazione

scambio la possibilità di raggiungere l'efficienza del mercato, questa ricostruzione teorizza la necessaria esistenza di un "mercato delle idee", che permetta uno scambio di opinioni tale per cui si arrivi all'emergere della verità su un dato fatto. In secondo luogo, l'esigenza di tutelare il *free speech* è ricondotta alla democrazia partecipativa, che non potrebbe esplicarsi adeguatamente se non fosse garantita la possibilità di esprimere le proprie idee in modo pieno⁵. In terzo luogo, parte della dottrina americana rapporta la libertà di espressione al principio di autodeterminazione e alla possibilità di sviluppare liberamente la propria personalità⁶. Da ultimo, un ulteriore argomento sostiene che, anche qualora esistano situazioni in cui sarebbe opportuno censurare talune affermazioni, non si può fare affidamento sulla capacità del Governo di discernere quali esse siano, a causa della naturale politicità e parzialità di quest'ultimo⁷.

Pertanto, negli Stati Uniti le limitazioni del dibattito pubblico non vengono generalmente viste in maniera favorevole. Per ricostruire l'approccio giurisprudenziale tradizionale della Corte Suprema rispetto a potenziali limiti al Primo Emendamento e offrire, al contempo, una sintetica ricognizione dei *leading cases*, pare utile procedere categorizzando il tipo di espressione della cui legittimità la Corte si è occupata, limitando però l'analisi alle diverse sfaccettature di quel discorso che può essere considerato, anche solo *lato sensu*, di carattere "politico". Vengono lasciate fuori le posizioni della Corte Suprema che riguardano il discorso diffamatorio tra privati; le esternazioni di carattere artistico o letterario; la pornografia; la propaganda commerciale e la pubblicità. Si analizza il discorso politico in relazione alle seguenti sottocategorie: manifestazioni di sedizione; incitamento alla violenza; discorso dell'odio (o *hate speech*). Ciò pur nella

nei confronti della stampa. V. G. ANASTAPLO, *Reflections on Freedom of Speech and the First Amendment*, Lexington, The University Press of Kentucky, 2007, 20 ss.

⁵ Sull'importanza della libertà di espressione in ambito statunitense ai fini della formazione del dibattito pubblico (c.d. *public discourse*), E. BARENDT, *Religious Hatred Laws: Protecting Groups of Belief?*, in 17 *Res Publica*, 2011, 41 ss., spec. 44. V. anche R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *op. cit.*, ix. All'origine di questa teoria, A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, New York, Harper & Brothers, 1948, 26.

⁶ Argomento che si riscontra in T. EMERSON, *Towards a General Theory of the First Amendment*, in 72 *Yale Law Journal*, 1963, 877 ss.

⁷ T.M. SCANLON, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, in 40 *University of Pittsburgh Law Review* 1979, 519 ss., spec. 534. Secondo questa teoria, l'azione del Governo sarebbe viziata da parzialità e inaffidabilità, soprattutto qualora sia necessario determinare se un certo tipo di discorso di carattere politico sia da reprimere. In questo senso, v. anche F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 81.

consapevolezza che si tratta di una suddivisione più utile a fini espositivi che sostanziali, in quanto le diverse sottocategorie tendono fortemente a sovrapporsi.

Focalizzandosi sulle manifestazioni di sedizione, nel 1798 il Congresso approva il *Sedition Act*, che punisce qualsiasi affermazione contro l'operato del Governo, del Congresso stesso o del Presidente. Nonostante la sua evidente contrarietà al Primo Emendamento, non si registrano pronunce che ne dichiarino l'incostituzionalità⁸.

Nel 1918, viene approvata una nuova versione del *Sedition Act*⁹, che apporta modifiche alla disciplina originaria. Esso reprime qualunque affermazione idonea a interferire con le operazioni di guerra delle forze militari statunitensi, oppure ad incitare all'insubordinazione. Si tratta di una legge che si applica solamente in costanza dello stato di guerra. Rispetto al testo del 1798, il suo ambito di operatività è più ristretto, così come le fattispecie incriminate. Su di esso la Corte Suprema si pronuncia nel 1919, con la nota sentenza *Schenck v. United States*¹⁰. Con questa decisione si ha la prima elaborazione del “*clear and present danger test*”, secondo il quale la manifestazione di un qualsivoglia pensiero, pur se contrario alla politica del Governo, può essere soggetta a repressione solamente qualora ponga «a clear and present danger»¹¹.

Questo stesso approccio si ritrova poi nella *dissenting opinion* del giudice Holmes in *Abrams v. United States*¹². Il caso riguarda la distribuzione di volantini che denunciano l'invio da parte degli Stati Uniti, nell'ambito della Prima guerra mondiale, di truppe statunitensi in Russia e la produzione di armi per fermare la rivoluzione bolscevica. La maggioranza dei giudici ritiene tale comportamento punibile ai sensi dell'*Espionage Act* 1917 e del *Sedition Act* 1918, in quanto contrario alla politica del Governo e potenzialmente incitante all'inibizione della produzione di materiali di guerra essenziali. Nella propria opinione separata dissenziente, il giudice Holmes sottolinea come non vi sia un reale intento di interferire con le operazioni belliche del Governo: il ricorrente sta semplicemente esprimendo la propria visione politica.

In un altro caso relativo a manifestazioni del pensiero offensive nei confronti del Governo – si tratta, in particolare, della dissacrazione della bandiera statunitense –

⁸ Per l'applicazione di questa legge, v. *United States v. Lyon*, 15 F. Cas. 1183 (D. Vt. 1798) e *United States v. Callender*, 25 Fed. Cas. 239 (1800).

⁹ Pub. L. 65-150, 40 Stat. 553.

¹⁰ 249 U.S. 47 (1919).

¹¹ Negli stessi termini, *Debs v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

¹² 250 U.S. 616 (1919).

la Corte Suprema specifica che «the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable»¹³.

Quanto all'incitamento alla violenza, lo *standard* di giudizio della Corte Suprema – largamente applicato ancora al giorno d'oggi – è enucleato nel caso *Brandenburg v. Ohio* del 1919¹⁴, riguardante la condanna di un *leader* del Ku Klux Klan per aver incitato all'utilizzo di metodi violenti al fine di ottenere riforme politiche. In tale sentenza, si ritiene che l'incitamento alla violenza possa essere punito solo qualora esso sia idoneo a causare «an imminent lawless action».

Molto vicino, da un punto di vista concettuale, al discorso incitante la violenza è il c.d. discorso dell'odio, o *hate speech*, che può essere inteso come una serie di manifestazioni che invitino all'odio nei confronti di un particolare gruppo, sia esso etnico, religioso, razziale, linguistico, ecc. Lo *standard* adottato dalla Corte Suprema in materia di discorso dell'odio è quello del “*true threat*”, ossia sono punibili «those statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals»¹⁵.

Stante il quadro, sinteticamente ricostruito, della giurisprudenza tradizionale statunitense sulla manifestazione del pensiero, con l'avvento delle nuove tecnologie, la Corte Suprema tende, perlomeno in linea generale, a ritenere Internet uno spazio quasi “incensurato”¹⁶. Tale approccio non viene scalfito neanche quando venga in

¹³ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). V. anche *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), cui la Corte Suprema fa spesso riferimento nel caso *Johnson*. Il caso *Barnette* riguarda l'obbligo, per gli studenti americani delle scuole pubbliche, di porre in essere il saluto alla bandiera. La Corte Suprema determina che tale imperativo non è conforme al Primo Emendamento.

¹⁴ 395 U.S. 444 (1919).

¹⁵ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003). Secondo questa sentenza, pur configurandosi il Primo Emendamento come una protezione essenziale e in quasi nessun caso comprimibile, una limitazione può essere attuata nel caso in cui vi sia un interesse pubblico di ordine e moralità. V. in senso contrario *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), in cui la Corte Suprema afferma che anche il discorso dell'odio possa rappresentare una visione personale, che rientra, come tale, nell'ambito di tutela del Primo Emendamento. Le linee per lo sviluppo della dottrina del “*true threat*” sono abbozzate anche nella decisione precedente *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969), seppure non in tema di *hate speech*. Sulla linea di *Virginia v. Black*, si veda anche *Elonis v. United States*, 575 U.S. ____ (2015), in tema di minacce personali, in cui il significato di “*true threats*” viene ripreso e specificato, rilevando che non sono protette dal Primo Emendamento quelle manifestazioni di pensiero che «inflict great harm and have little if any social value».

¹⁶ V. in particolare il caso *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), in cui dichiara incostituzionale una legge federale che proibiva le c.d. «indecent communications» nello spazio cibernetico.

rilievo la necessità di bilanciare il *free speech* con la *privacy*¹⁷, coerentemente con quanto detto sulla protezione recessiva, in ambito statunitense, nei confronti di quest'ultimo diritto.

2. La libertà di espressione nella prospettiva europea

Dall'analisi svolta relativamente al Primo Emendamento, un dato appare evidente già dalla formulazione letterale di quest'ultimo. Esso afferma la libertà di espressione, senza alcun riferimento ad una possibilità di limitazione della stessa, diversamente da quanto accade, ad esempio, con riferimento ai diritti garantiti dal Quarto Emendamento¹⁸. L'esistenza di esplicite clausole limitative costituisce un primo elemento di differenziazione tra l'approccio statunitense e quello europeo, se a riferimento di quest'ultimo si prende la maggioranza dei testi costituzionali nazionali¹⁹ nonché i due principali strumenti giuridici sovranazionali di carattere regionale volti alla tutela dei diritti, ossia la CEDU (art. 10) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 11).

L'idea della libertà di espressione (e di stampa²⁰) come situazioni giuridiche soggettive sottoposte a limiti si riscontra già in Blackstone. Nei suoi Commentari, facendo in verità riferimento esplicito solo alla libertà di stampa e senza menzionare esplicitamente la libertà di espressione, afferma che le manifestazioni di diffamazione e offesa non sono coperte da tale diritto. Al contrario, sono vietate

¹⁷ B. PETKOVA, *Towards an Internal Hierarchy of Values in the EU Legal Order: Balancing the Freedom of Speech and Data Privacy*, in 23 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 421 ss., spec. 423 ss.

¹⁸ V. Sezione I del presente Capitolo.

¹⁹ Compresa la Costituzione italiana, il cui art. 21 contiene un solo limite esplicito, ossia il buon costume. A livello comparator, si veda, inoltre, solo per menzionarne alcune: la Costituzione greca, secondo la quale: «[e]very person may express and propagate his thoughts orally, in writing and through the press in compliance with the laws of the State» la Costituzione spagnola, che recita: «[f]reedom of ideology, religion and worship is guaranteed, to individuals and communities with no other restriction on their expression than may be necessary to maintain public order as protected by law» (art. 16); la Costituzione tedesca, secondo cui «[e]very person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures, and to inform himself without hindrance from generally accessible sources [...] These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons, and in the right to personal honour» (art. 5). Le traduzioni inglesi sono reperite sui siti *web* dei parlamenti nazionali.

²⁰ Ponendosi quest'ultima come un modo di esercizio della libertà di espressione e, allo stesso tempo, come una modalità di controllo del potere. V. sul tema P. COSTANZO, *Stampa (libertà di)*, in *Digesto Quarte Edizione (Discipline pubblicistiche)*, XIV, Torino, Utet, 1999, 525 ss.

solamente le censure preventive sulla stampa²¹. Addirittura, Dicey riterrà poi non esistente, nel diritto inglese, perlomeno dalla prospettiva tradizionale di *common law*, il *free speech* come diritto autonomo²². E in effetti, non manca dottrina che rileva come non sia chiaro il momento in cui il Regno Unito inizia a proteggere la libertà di espressione²³. Al giorno d'oggi, in mancanza di una costituzione scritta, l'unico riconoscimento esplicito deriva dallo *Human Rights Act 1998*²⁴, il quale ha "incorporato" la CEDU²⁵.

Da una prospettiva storica, nello scenario europeo il primo strumento che afferma in modo esplicito libertà di espressione è la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789²⁶. Essa recita, all'art. 10: «[n]ul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi» e all'art. 11 «[l]a libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi». Già tale formulazione testuale contiene un *caveat*, ossia una limitazione che deriva dal divieto di abuso di tale libertà²⁷, nonché dalla necessità di rispettare l'ordine pubblico come stabilito dalla legge.

Nei testi costituzionali contemporanei di area europea, la tutela, in una qualche forma, della libera manifestazione del pensiero costituisce dato comune. Sembra interessante, al fine di una corretta ricognizione dell'aspetto teorico, tentare una classificazione delle norme costituzionali nazionali. L'indagine è limitata ai testi di rilevanza costituzionale degli Stati membri del Consiglio d'Europa²⁸ – novero che

²¹ W. BLACKSTONE, 4 *Commentaries on the Laws of England*, 16th ed., London, 1825, 152. Per una ricostruzione attuale del pensiero di Blackstone, A. BHAGWAT, *Posner, Blackstone and Prior Restraints on Speech*, in 5 *BYU Law Review* 2015, 1151 ss.

²² A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Pertanto, la libertà di espressione potrebbe essere considerata un diritto residuale, che sussiste laddove non venga limitata dal *common law*. V. E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 40.

²³ S.G. CALABRESI, B.G. SILVERMAN, J. BRAVER, *op. cit.*, 986.

²⁴ Ma taluni documentano l'esistenza di una serie di casi di *common law* decisi già tenendo in considerazione la libertà di espressione come diritto soggettivo e autonomo. V. in questo senso E. BARENDT, *op. ult. cit.*, 40-41.

²⁵ V. sul tema G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 125 ss.

²⁶ Essa è reperibile in lingua originale all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

²⁷ *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*.

²⁸ Ai fini dell'indagine, sono stati considerati i testi costituzionali nella loro versione inglese, reperita, per ciascun Paese, sul sito ufficiale dei relativi organi legislativi o esecutivi, oppure, laddove non disponibile, su www.osce.org.

ricomprende, come proprio “sottoinsieme”, quelli membri dell’Unione europea – distinguendo tra: le disposizioni che prevedono limiti espliciti particolarmente forti o numerosi alla libera manifestazione del pensiero (categoria dei limiti “forti”); quelle in cui tali condizionamenti espliciti appaiono avere un minore ambito di applicazione, ad esempio perché limitati da un punto di vista numerico o concettuale (categoria dei limiti “tenui”); quelli nelle quali non si individuano limiti espliciti e che sembrano conformarsi maggiormente al modello statunitense (si vedrà subito che si tratta di un allineamento solo apparente).

Partendo dall’ultima categoria – assenza di limiti espliciti – in essa paiono rientrare solamente nove Stati dei quarantasette facenti parte del Consiglio d’Europa²⁹. Ciò non indica una assoluta mancanza di condizionamenti, i quali sono riscontrabili, invece, grazie all’operatività di clausole generali che pongono le condizioni per le restrizioni ai diritti fondamentali, come ben esemplifica, tra gli altri, il caso svizzero³⁰. Inoltre, molti limiti sono fissati grazie all’elaborazione giurisprudenziale³¹. È più corretto, con riferimento a questi testi costituzionali, parlare di assenza di limiti espliciti e *specifici*.

Vi è poi un novero di testi costituzionali che prevedono alcuni limiti la cui sfera di azione può apparire non molto ampia, poiché ristretti, ad esempio, a particolari interessi. Per chiarire, può essere utile l’esempio italiano, in cui l’unico limite esplicito alla libera manifestazione del pensiero, posto dall’art. 21 della Costituzione,

²⁹ Segnatamente, Albania, Azerbaijan, Bosnia Erzegovina, Lettonia, Macedonia, Polonia, San Marino, Svizzera, Ungheria. Per il Regno Unito, invece, che manca di una costituzione scritta, valgono le considerazioni svolte *supra* in questa Sezione. Inoltre, si segnalano come “atipiche” le tutele poste dalle Costituzioni dei Paesi Bassi e della Norvegia. In esse, viene tutelata la libertà di stampa (rispettivamente, all’art. 7 e all’art. 100) e non la libertà di espressione. Ciò si pone in linea di discontinuità con gli altri testi costituzionali, che vedono la libertà di stampa come un’esplicazione della libertà di espressione. e si avvicina alla concezione di Blackstone enunciata *supra*.

³⁰ La Costituzione svizzera tutela all’art. 16 la libertà di espressione, senza porvi alcuno specifico limite. L’art. 36 pone le condizioni da rispettare affinché le limitazioni dei diritti fondamentali siano legali. Esse sono: l’esistenza di una base giuridica (che sia posta da una legge federale nel caso la limitazione sia significativa), salvo casi di pericolo serio e immediato che non lasci alternative; una giustificazione alla luce di un interesse pubblico oppure della tutela dei diritti fondamentali di altri soggetti; il principio di proporzionalità. Come ulteriore esempio, la Costituzione dell’Albania si limita a prevedere quali diritti *non* possono essere limitati, neanche in condizioni di emergenza (art. 175). Tra questi non rientra la libertà di espressione (art. 22), cosa che fa desumere, *a contrario*, la sua limitabilità.

³¹ Ad esempio, nel caso ungherese, nella cui Costituzione la libertà di espressione è affermata in via generica, ma è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte costituzionale. G.F. FERRARI, *Diritti e libertà*, in ID. (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, Giappichelli, 2012, 51 ss., spec. 55.

è il «buon costume»³². La giurisprudenza ha però delineato una serie di limiti ulteriori e impliciti, che trovano fondamento, in chiave sistematica, in articoli della Carta costituzionale diversi dall'art. 21³³. Possono dirsi appartenere alla categoria dei limiti di raggio ristretto anche quelle disposizioni costituzionali che prevedono restrizioni alla libertà di espressione solo qualora la relativa manifestazione del pensiero si ponga in violazione di leggi di un particolare tipo, ad esempio quelle di carattere penale. Così, ad esempio, la Costituzione del Belgio e del Principato di Monaco, che pongono limiti alla libera espressione solo nel caso in cui la manifestazione di idee o opinioni configuri fattispecie di reato punibile ai sensi del diritto penale nazionale³⁴. Esistono, inoltre, talune costituzioni, sempre riconducibili a questo secondo modello caratterizzato da limiti espliciti condizionati ad un particolare ambito di applicazione, che tendono a reprimere solo talune modalità di manifestazione del pensiero. Ne è un'esemplificazione la Costituzione della Croazia, la quale rileva che solo l'espressione che inciti verso l'odio, la guerra o la violenza debba essere al di fuori dell'ambito di tutela della relativa norma in tema di libera manifestazione del pensiero³⁵, non considerando, ad esempio, l'espressione ingiuriosa o offensiva che leda la dignità altrui senza arrivare a incitare verso particolari forme di odio o di violenza.

Da ultimo, il modello che pare più diffuso in area europea è quello che pone limiti espliciti alla libera manifestazione del pensiero definibili come “forti”, o perché molto numerosi, o perché aventi un ambito di applicazione ampio. Più in dettaglio, alcune costituzioni vedono la libertà di espressione limitabile in base a qualsiasi interesse protetto dalle leggi dello Stato³⁶. A questo proposito, si noti che dire che la

³² Sulla nozione costituzionale di buon costume, si veda la voce *Buon costume*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1974. In generale, per un commento sull'art. 21 Cost., si veda A. PACE, M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana* (continuato da A. Pizzorusso), Bologna, Zanichelli, 2006, 814 ss.; G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà di espressione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 195 ss.

³³ V., ad esempio, Corte cost., sent. 86/1974 (diritto all'onore, il quale peraltro non viene legato ad alcuna specifica disposizione costituzionale).

³⁴ Art. 19, Cost. Belgio e art. 23, Cost. del Principato di Monaco. Sulla stessa linea l'art. 24 della Costituzione del Lussemburgo.

³⁵ Art. 38, Cost. Croazia.

³⁶ È il caso di Austria, Francia, Germania, Grecia, Liechtenstein (che, secondo un'impostazione giusnaturalista, vi affianca il limite della moralità). Sulla libertà di espressione nella Legge fondamentale tedesca in comparazione con la Costituzione di Weimar del 1919, S. ROMANO, *Libertà di espressione*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, Giappichelli, 2013, 409 ss., spec. 410.

libertà di espressione è limitabile *in base alla legge* (ossia al suo contenuto) è diverso da dire che essa è limitabile *per mezzo della legge* (riserva di legge) al fine di perseguire taluni obiettivi delineati³⁷. Nel primo caso, la legge funge da limite sostanziale, nel secondo rappresenta la forma in cui devono essere adottate le misure limitative. Nei casi di riserva di legge volta al perseguimento di taluni obiettivi, si osserva che tali finalità tendono ad essere ricorrenti: vi è molto spesso il riferimento a onore, reputazione, ordine pubblico, salute pubblica, sicurezza. In particolare, i rimandi alla sicurezza nazionale, sicurezza pubblica o sicurezza dello Stato³⁸ come interesse passibile di bilanciamento con la libertà di espressione e dunque legittimante eventuali limiti a quest'ultima ricorrono in nove costituzioni³⁹ di quelle rientranti nel novero esaminato. Non sempre la tutela di interessi opposti viene esplicitamente sottoposta a riserva di legge. In alcuni casi, ci si limita ad enunciare gli interessi bilanciabili, senza inserire alcun riferimento allo strumento giuridico che dovrebbe provvedere⁴⁰.

Passando al piano sovranazionale, può essere indubbiamente ricondotto alla categoria dei limiti “forti” – *i.e.* particolarmente dettagliati – l’art. 10 CEDU, il quale, se al primo comma assicura la libertà di espressione, intesa sia come libertà di opinione e quella di ricevere e comunicare informazioni, al secondo pone una lunga lista di interessi in base ai quali essa può essere ristretta. Inoltre, le limitazioni devono avvenire per legge e ed essere necessarie in una società democratica. I detti interessi non prevalgono automaticamente, ma sono soggetti a bilanciamento⁴¹. Tra di essi, figurano la sicurezza nazionale e la pubblica sicurezza. Peraltro, non rientrando l’art. 10 nell’elenco *ex art.* 15, co. 2, dei diritti convenzionali inderogabili, esso è soggetto a deroga alle condizioni specificate da quest'ultima norma⁴². La possibilità di deroga, attuabile in casi eccezionali, si aggiunge alle situazioni *ex art.* 10(2), le quali, invece, possono certamente verificarsi a prescindere dall’esistenza di una situazione di guerra o di «altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione». Al contrario, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che tutela la libertà di espressione all’art. 11, non prevede limiti specifici per essa, ma

³⁷ Così le Costituzioni di Andorra, Armenia, Croazia Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Islanda, Lituania, Moldavia, Romania, Turchia, Ucraina.

³⁸ Le espressioni sono diverse: per le differenze derivanti dall’accompagnare diversi aggettivi al sostantivo “sicurezza” si veda Cap. I.

³⁹ Segnatamente: Armenia, Cipro, Repubblica Ceca, Islanda, Montenegro, Serbia, Repubblica Slovacca, Svezia, Turchia.

⁴⁰ Ad esempio, le Costituzioni di Bulgaria, Malta (che si caratterizza per una lista assai lunga di limiti), Montenegro, Serbia,

⁴¹ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 65.

⁴² V. *supra*, Cap. I.

eventuali limitazioni devono essere testate, anzi tutto, alla luce dei principi fissati dall'art. 52 della Carta, enunciante il generale canone di proporzionalità⁴³ e che si applica a tutti i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti nel testo.

La classificazione tentata nelle righe precedenti può essere rappresentata graficamente come in Figura (1).

LIMITI ESPlicitI ALLA LIBERTA' DI ESPRESSIONE (COSTITUZIONI AMBITO CoE)						
NON PREVISTI		LIMITI "TENUT"			LIMITI "FORTI	
Desumibili da clausole generali.	Desumibili in via interpretativa (corti)	Un numero limitato di interessi	Una tipologia specifica di leggi.	Una modalità specifica di espressione del pensiero	Una serie specifica di interessi, tra cui sicurezza (con o senza riserva di legge)	In base alla legge (clausola generale, rinvio al contenuto)
Es. Svizzera, art. 36 Cost. e Carta UE, art. 11	es. Ungheria, art. 9 Cost.	Es. Italia, art. 21 Cost.	Es. Belgio, art. 9 Cost.	Es. Croazia, art. 38 Cost.	Es. Svezia, Fundamental Law on Freedom of Expression e CEDU, art. 10	Es. Germania, art. 5 Cost.

Figura (1)

Soffermandosi sulle due norme che tutelano la libertà di espressione a livello sovranazionale – art. 10 CEDU e art. 11 della Carta – e guardando ad esse non più da un punto di vista classificatorio, ma sul versante sostanziale, qualche osservazione è dovuta quanto alle loro reciproche interrelazioni. Nonostante le differenze dal punto di vista del *drafting* – essendo in un caso previsti una serie di limiti espressi, mentre per l'altro si fa riferimento alla generale clausola dell'art. 52 – si riscontrano alcune correlazioni⁴⁴.

⁴³ Si noti che le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali sottolineano espressamente che l'art. 52 è utilizzabile al fine di limitare l'art. 11.

⁴⁴ Si veda *amplius* in argomento, con specifico riferimento al tema dei limiti, L. WOODS, Art. 11, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014, 311 ss., spec. 327 ss.

La prima, nonché la più scontata, risiede nella relazione interpretativa che ricorre fra la Carta e la CEDU e che vale anche per la libertà di espressione, dovendo l'art. 11 essere interpretato nello stesso significato e portata del suo omologo presente nella CEDU, salvo possibilità di più ampia protezione. Così come l'art. 10 CEDU, anche l'art. 11 della Carta tutela sia il diritto di esprimersi sia il diritto di ricevere informazioni. Il legame interpretativo in parola assume importanza anche quanto all'applicabilità di talune limitazioni relative all'art. 10 CEDU, nell'interpretazione elaborata dalla Corte di Strasburgo, anche alla Carta.

In secondo luogo, così come l'art. 11 della Carta è soggetto al principio di proporzionalità, anche le condizioni di limitabilità dell'art. 10 CEDU richiedono, tra l'altro, un *test* di proporzionalità, nella misura in cui le misure devono essere «necessarie in una società democratica». Tipico della Corte di Strasburgo è verificare la proporzionalità anche valutando il margine di apprezzamento degli Stati⁴⁵. La Corte di Lussemburgo, invece, non ha mai elaborato una dottrina del margine di apprezzamento, ma fa riferimento ad essa, rimandando alle sentenze della Corte EDU, in vari casi⁴⁶.

Da ultimo, se, da un lato, è acclarato che dall'art. 10 CEDU scaturisce anche un'obbligazione in positivo⁴⁷, dall'altro si rileva che, negli ultimi tempi, anche la Corte di giustizia si è avvicinata a questo approccio. Esiste un filone giurisprudenziale che sottolinea come, alla luce dello sviluppo continuo dei media e della loro pervasività, che tocca anche i gangli essenziali del funzionamento della democrazia, sussista anche un obbligo dello Stato di garantire il pluralismo di tali media⁴⁸.

Guardando alla libertà di espressione in area europea dal punto di vista “dinamico” – ossia come le diverse disposizioni che ne garantiscono la tutela, da un

⁴⁵ Sul concetto di margine di apprezzamento e sul suo utilizzo da parte della Corte di Strasburgo, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 196 ss.

⁴⁶ V. ad es. Corte di giustizia dell'Unione europea, C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG*, 14.2.2008.

⁴⁷ Intendendosi per tale il dovere dello Stato di proteggere la libertà di espressione degli individui e, viceversa, di limitarla qualora ricorrano legittime condizioni di limitazioni. Ciò dà luogo all'azionabilità dell'art. 10 anche nei rapporti orizzontali e ha portato a parlare di *drittwirkung* della libertà di espressione. Si veda sul tema A. VAN RIJN, *Freedom of Expression (Art. 10)*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5^a ed., Cambridge, Intersentia, 2018, 765 ss., spec. 777.

⁴⁸ V. Corte di giustizia, C-366/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG v Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, 22.12.2008.

lato, e stabiliscono i limiti, dall'altro, sono applicate concretamente – è invece d'uopo un distinguo con il contesto statunitense.

Se in quest'ultimo si è potuto procedere abbastanza agevolmente ad una classificazione di taluni *standard* di giudizio in tema di limiti al *free speech*, la stessa operazione è molto più complessa se si fa riferimento al panorama europeo. Ciò dipende, in primo luogo, dalla maggiore frammentazione degli strumenti di tutela – testi costituzionali, ma anche carte sovranazionali di carattere regionale, come la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali UE – che si riflette nell'esistenza di una pluralità di corti di vertice che elaborano ciascuna delle proprie tendenze. Si nota un maggiore sforzo, sul versante europeo, rispetto all'enucleazione di una definizione di *hate speech*, configurantesi come il discorso non tutelato dalla libertà di espressione perché recante in sé elementi riconducibili all'odio o alla violenza.⁴⁹ In particolare, nel 1997 il Comitato dei Ministri in seno al Consiglio d'Europa lo ha definito come «all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin»⁵⁰. Ciò rileva in quanto il discorso “terroristico”, oggetto di questa Sezione al fine di valutare come e quanto le misure per contrastarlo incidano sulla libertà di espressione, presenta taluni elementi in comune con l'*hate speech*, il quale è comunque una categoria molto ampia. Il discorso che incita all'odio può ben incitare, in ultima analisi e se perpetuato, ad atti di violenza, anche di tipo terroristico. Sulle manifestazioni di *hate speech*, la Corte di Strasburgo si è pronunciata in vari casi, che possono essere classificati a seconda della categoria di persone nei cui confronti il “discorso dell'odio” viene diretto⁵¹. La giurisprudenza in materia di *hate speech* verrà brevemente ripercorsa al momento di trattare i casi di repressione per via penale del discorso terroristico. Non esistendo uno *standard* consolidato della Corte di Strasburgo in materia di discorso terroristico⁵², la casistica – invece molto

⁴⁹ V. su questo tema U. BELAVUSAU, *Hate Speech*, in R. GROTE, R. WOLFRUM, F. LACHENMANN (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁵⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No R (97) 20 on 'Hate Speech', 1997. V. sul tema A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009.

⁵¹ A. WEBER, *op. cit.*

⁵² L'unico caso in cui la Corte si è pronunciata in materia di discorso terroristico essendo la controparte statale una democrazia c.d. matura (la Francia) è la sentenza *Leroy c. France*. Corte EDU, sez. V, *Leroy c. France*, appl. no. 36109/03, 2.08.2008. Si tratta pertanto di una decisione piuttosto risalente e in un contesto politico, anche sulla scena globale, parzialmente

elaborata – relativa al discorso dell’odio è utile per inferire potenziali approcci nel momento in cui un caso che contrapponga la libertà di espressione alla sicurezza nazionale nel contesto di una democrazia matura le fosse sottoposto.

Per completare il quadro sovranazionale, preme rilevare che la CEDU contiene un’ulteriore disposizione in base alla quale la libera manifestazione del pensiero può essere condizionata. Si tratta dell’art. 17 CEDU, il quale vieta il c.d. abuso del diritto. Essa proibisce che i diritti contenuti nella Convenzione vengano utilizzati allo scopo di ostacolare l’esercizio di altri diritti e libertà, anch’essi stabiliti dalla CEDU, oppure di limitarli in maniera più ampia di quanto sia possibile fare legittimamente in base al disposto convenzionale. Si tratta di una previsione applicabile a tutti i diritti garantiti dalla CEDU, tra i quali anche la libertà di espressione. Perciò, si può dire che la CEDU aderisca sia al modello dei limiti espliciti specifici per la libertà di espressione, sia a quello dell’applicabilità di limiti generali⁵³. Il riferimento all’art. 17 rileva in tema di libertà di espressione, perché la Corte di Strasburgo ha elaborato canoni precisi relativamente ai rapporti tra l’art. 10, co. 2 e l’art. 17 CEDU quando si tratta di utilizzarli per valutare l’ammissibilità o meno di talune forme di espressione. L’art. 17 CEDU viene ritenuto essere un limite “esterno” alla libertà di espressione – o a qualsiasi altro diritto venga asseritamente fatto oggetto di abuso – finalizzato a dotare la democrazia di strumenti difensivi nei confronti di eventuali forze distruttive, le quali non devono poter usare la garanzia dei diritti come “grimaldello” per poter instaurarsi nel contesto democratico e demolirlo⁵⁴. Pertanto, la Corte EDU tende ad utilizzare l’art. 17 quando rileva una contrarietà intrinseca del discorso in questione rispetto ai valori della CEDU. Ad esempio, ciò accade nei

mutato. Si veda sul caso U. BELAVUSAU, *A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech*, in 16 *European Public Law*, 2010, 373 ss. Altre situazioni in cui la Corte EDU si è pronunciata sul tema coinvolgono la Turchia, che non si configura come democrazia occidentale matura dai caratteri liberali. V. G. ROLLNERT LIERN, *Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación complicada*, in *Revista de Derecho Político*, 2014, 231 ss.

⁵³ Rappresentati dall’art. 17 e dall’art. 15.

⁵⁴ Contesto in cui, come la Corte di Strasburgo ha più volte ribadito, la libertà di espressione svolge un ruolo chiave. Fin da uno dei primi casi sulla libertà di espressione e i suoi limiti, la decisione *Handyside*, la Corte ribadisce che non devono essere considerate ammissibili solo quelle espressioni «favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference», ma anche quelle che «offend, shock or disturb». Corte EDU, Grande Camera, *Handyside v. The United Kingdom*, appl. no. 5493/72, 7.12.1976. V. J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O’BOYLE, A. AUSTIN (eds.), *Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2012-

casi di negazionismo e antisemitismo, oppure di esaltazione di dottrine totalitarie⁵⁵. In questo modo, la Corte è solita dichiarare l'inammissibilità del ricorso individuale contro lo Stato che reprime tale tipo di discorso. Il *reasoning* dietro tale approccio è che, essendo il discorso in esame talmente lontano dai valori convenzionali – anzi ponendosi come distruttivo degli stessi – esso è *a priori* non coperto dalla libertà di espressione, per cui non è necessario verificare, *nel merito*, se sussistano o meno le condizioni, *ex art. 10 CEDU*, per cui lo Stato possa legittimamente limitarlo. La differenza tra l'art. 17 e l'art. 10 CEDU è che il primo è un parametro che la Corte utilizza per “fermare” il giudizio in fase di ammissibilità, rilevando che il discorso che il ricorrente ritiene debba essere permesso *ex art. 10* è *ex se* contrario ai valori della Convenzione; il secondo, invece, invocato dal ricorrente, che chiede alla Corte di valutare se ricorrano o meno le condizioni stabilite dall'art. 10, co. 2, perché si possa limitare quanto garantito dall'art. 10, co. 1.

Il presente paragrafo e quello precedente hanno delineato sinteticamente il quadro di tutela della libertà di espressione tra Stati Uniti e area europea. Ne emerge uno scenario che pare speculare a quanto detto in relazione alla *privacy* e alla protezione dei dati personali. Se, in quest'ultimo contesto, l'approccio statunitense sembra essere maggiormente restrittivo e quello europeo più garantistico, con riguardo alla libertà di espressione lo scenario è uguale e contrario, alla luce della quasi assolutezza riconosciuta tradizionalmente al Primo Emendamento, a fronte di un panorama europeo che tende ad un bilanciamento più frequente e meno scontato della libertà di espressione con eventuali interessi ad essa contrapposti. L'analisi del modo in cui i legislatori al giorno d'oggi tendono a limitare la libertà di espressione alla luce della minaccia terroristica internazionale e, a loro volta, i giudici interpretano le relative disposizioni sarà utile a considerare se tale spaccatura tra il

⁵⁵ Corte EDU, IV sez., *Garaudy v. France*, app. no. 65831/01, 24.06.2003; id., sez. I, *Ivanov v. Russia*, app. no. 35222/04, 20.02.2007. L'applicazione dell'art. 17 CEDU da parte della Corte viene generalmente criticata in quanto, fermando il giudizio in punto di ammissibilità, non permette l'esplicitazione di un bilanciamento. V. in questo senso M.E. VILLIGER, *Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice*, in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O'BOYLE, A. AUSTIN (eds.), *op. cit.*, 321. La dottrina nota che non sempre la dicotomia fra l'art. 10 e l'art. 17 CEDU costituisce una regola fissa quanto alla sua applicazione. Esistono, casi relativi a manifestazioni di ideologie totalitarie – di per sé contrarie allo spirito democratico – nei quali la Corte ha ritenuto di dover procedere al bilanciamento *ex art. 10*, co. 2 (es. *Schimanek v. Austria*, 32307/96, 1.2.2000) e situazioni in cui, pur ricorrendo il mero incitamento alla violenza nei confronti di un gruppo, ha dichiarato l'inammissibilità *ex art. 17* (ad es. *Norwood v. United Kingdom*, 23131/03, 16.11.2004). V., per una riflessione sull'utilizzo dell'art. 10 e dell'art. 17 nella recente giurisprudenza della Corte, A. BUYSE, *Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech*, in 63 *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 491 ss.

mondo statunitense e quello europeo sia acuita, oppure meno evidente, o ancora se non vi siano stati effetti rilevanti.

3. Le sfide del terrorismo alla libertà di espressione: il messaggio “radicalizzante”

Dagli attentati dell'11 settembre al giorno d'oggi, si può dire che la strategia utilizzata dai gruppi terroristici per diffondere la propria ideologia e convincere potenziali adepti ad abbracciarla abbia subito un importante cambiamento, riconducibile a due principali fattori. Da un lato, si è osservata una vera e propria metamorfosi delle entità alle quali la minaccia terroristica è rapportabile. Dall'altro, è chiara e innegabile l'influenza che lo sviluppo tecnologico ha esercitato, fondendosi con la mutazione della natura intrinseca dei gruppi terroristici e facilitando i progetti di questi ultimi.

Concentrandosi sul primo aspetto, si rileva, anzitutto, un cambiamento delle finalità perseguite dai gruppi terroristici. Se in un momento iniziale, immediatamente successivo all'11 settembre 2001, il terrorismo internazionale è principalmente rapportabile ad Al-Qaeda e alle sue cellule⁵⁶, si registrano successivamente una serie di evoluzioni, che portano all'affermazione del c.d. Stato Islamico⁵⁷. In particolare, la proclamazione del Califfato Islamico nel giugno 2014 segna una svolta non tanto ideologica, quanto strutturale del terrorismo. In tale momento il Califfato si auto-proclama come entità statuale, portando all'attenzione una serie di elementi che hanno spinto taluni studi a rinvenire in esso, seppure ad un livello embrionale, i caratteri tipici del modello statuale classico elaborato dalla dottrina costituzionalistica⁵⁸. Seppure la successiva evoluzione dei fatti porta tale neonata entità statuale a perdere il suo apparato territoriale e a rimanere confinato in una

⁵⁶ Tale struttura ha fatto sì che la dottrina abbia parlato dell'organizzazione di Al-Qaeda come di una “nebula”. A. RABASA et al., *Beyond al-Qaeda. The Global Jihadist Movement*, Santa Monica, Rand Corporation, 2006, xx.

⁵⁷ Ciò non va inteso come una “sostituzione” di un'entità con l'altra, continuando Al-Qaeda ad essere esistente e operante; piuttosto, si assiste ad una maggiore emersione dello Stato Islamico sulla scena politica internazionale e alla rivendicazione, da parte dello stesso, del maggior numero degli attacchi terroristici perpetrati dal 2014 in poi. Sull'affermazione dello Stato Islamico, anche in correlazione con gli eventi della primavera araba, si veda L. MEZZETTI, *La libertà decapitata. Dalle primavere arabe al Califfato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016. V. anche M. CAMPANINI, *Il concetto ambiguo di “Stato islamico”*, in *Storia del pensiero politico*, 2014, 372 ss.

⁵⁸ V. in questo senso A. VEDASCHI, *Da al-Qā'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2016, 41 ss.

manciata di zone localizzate in Siria⁵⁹, non appare in parallelo cessata l'ambizione del “nuovo” terrorismo di reclutare potenziali “cittadini”. Mentre Al-Qaeda, pur non estranea a tentativi di reclutamento, si caratterizza per una più marcata autoreferenzialità, lo Stato Islamico aspira ad attrarre a sé quanti più soggetti possibile, anche tra coloro che provengono dal mondo occidentale e non aventi legami con l'estremismo islamico e con l'ideologia jihadista. Si tratta di tentativi di “radicalizzazione”⁶⁰, in cui la comunicazione strategica assume un ruolo di crescente importanza.

Quanto al secondo aspetto, il “nuovo volto” del terrorismo internazionale si è trovato a fare i conti con uno scenario tecnologico cambiato e molto più sviluppato rispetto al 2001 e agli anni immediatamente successivi. Su tali nuovi strumenti lo Stato Islamico ha potuto basare le proprie strategie comunicative⁶¹. L'utilizzo di Internet, e in particolare dei *social networks*, è diventato una delle caratteristiche più importanti del “nuovo” terrorismo⁶². Le piattaforme *online* vengono sfruttate non solo a fini propagandistici, ma anche per la diffusione di informazioni, la raccolta di fondi, la progettazione degli attentati⁶³. Naturalmente, la consapevolezza, da parte dei sostenitori di idee terroristiche, della possibilità di utilizzare questo tipo di strumenti a proprio vantaggio – *rectius*, a vantaggio della propria finalità estremista

⁵⁹ United Nations, *Twenty-second report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team submitted pursuant to resolution 2368 (2017) concerning ISIL (Da'esh), Al-Qaida and associated individuals and entities*, 27 July 2018, S/2018/705.

⁶⁰ Sul fenomeno della radicalizzazione e sulla complessità di tale definizione, si veda O. ROY, *Headquarters of Terrorists Is “Virtual Ummah”*, in *New Perspective Quarterly*, 2010, 41 ss.

⁶¹ Tra l'altro, è stato sottolineato come lo sviluppo della tecnologia abbia portato anche all'espandersi dei fenomeni di autoradicalizzazione, che dà spesso luogo ai c.d. *lone wolves*, ossia individui che abbracciano l'ideologia terroristica dopo esserne persuasi non tanto per un confronto diretto con altri adepti, ma soprattutto grazie all'autoindottrinamento consultando materiali *online*. V. M. CONWAY, L. MCIERNEY, *Jihadi Video and Auto-radicalisation: Evidence from an Exploratory YouTube Study*, in ORTIZ-ARROYO D. ET AL., *Intelligence and Security Informatics. Lecture Notes in Computer Sciences*, Berlin-Heidelberg, Springer, 108 ss.

⁶² Cfr. M.G. LOSANO, *La rete e lo Stato islamico*, Milano, Mimesis, 2017, 57 ss.

⁶³ G. WEIMANN, *Terrorism in Cyberspace*, New York, Columbia University Press, 2015. L'A. sottolinea come la c.d. *war on terror* non sia stata vinta, proprio a causa della continua, quasi camaleontica metamorfosi delle organizzazioni terroristiche, la quali si adattano senza alcuna difficoltà allo sviluppo delle tecnologie. Queste ultime, se da un lato rappresentano un potente strumento di contrasto, dall'altro sono spessissimo utilizzate come vera e propria “arma” a disposizione del terrorismo.

violenta⁶⁴ – deve essere guardata in combinato disposto con una sorta di “democratizzazione” dei mezzi informatici e tecnologici. Essi, soprattutto impiegando i c.d. *user generated contents*, nonché grazie all’accesso disponibile ad un numero amplissimo di utenti, sono stati sdoganati alla stregua di pezzi che vanno a comporre una piattaforma virtuale dai confini indefiniti, sulla quale chiunque può intervenire sia al fine di informarsi, sia per creare egli stesso informazione e comunicazione.

I mezzi informatici sfruttati dai terroristi non sono solo i *social media* e, in generale, i siti *web* da chiunque accessibili – le organizzazioni terroristiche, anche le cellule più piccole e la cui attività appare minima, hanno spessissimo un proprio sito *online* – ma vengono utilizzate anche le risorse del c.d. *dark web*. Si tratta di contenuti che i motori di ricerca ordinari non sono in grado di indicizzare e ai quali è possibile accedere solo con *software* specializzati⁶⁵. Naturalmente, i contenuti condivisi sul *surface web* (la parte di *web* che potrebbe essere definita impropriamente “in chiaro”, accessibile a chiunque e indicizzata dai motori di ricerca normalmente a disposizione di qualsiasi utente) e quelli disponibili solo sul *dark web* hanno differente natura, essendo il primo utilizzato per un approccio propagandistico di natura più “*soft*” e risultando invece il secondo dedicato ad aspetti organizzativi maggiormente pregnanti dell’attività terroristica⁶⁶, in quanto relativi, ad esempio,

⁶⁴ V. United National Office for Drug and Crime, *The Use of the Internet for Terrorist Purposes*, 2012 (consultabile in https://www.unodc.org/documents/frontpage/Use_of_Internet_for_Terrorist_Purposes.pdf), che sottolinea come, spesso, gli strumenti utilizzati con finalità di lotta al terrorismo sono gli stessi – se usati in maniera differente – che facilitano i terroristi nel raggiungimento dei propri fini. V. *infra* in questo lavoro per ulteriori riflessioni sul punto.

⁶⁵ V. G. WEIMANN, *Going Dark: Terrorism on the Dark Web*, in *39 Studies in Conflicts and Terrorism*, 2016, 195. Il *dark web* è una sezione di quello che viene definito *deep web*, ossia il “livello” di *web* che si trova immediatamente sotto al c.d. *surface web*. Quest’ultimo è il segmento di *web* che viene normalmente indicizzato dai tradizionali motori di ricerca). Il *dark web* contiene materiale reso volutamente inaccessibile e si tratta perlopiù – anche se non esclusivamente – di contenuti illegali, quali quelli terroristici o pedopornografici.

⁶⁶ Alcuni non mancano di rilevare una sorta di “migrazione” di un alto numero di contenuti dal *web* “in chiaro” al *dark web*. V. sul tema B. BERTON, *The dark side of the web: ISIL’s one-stop shop?*, Report of the European Union Institute for Security Studies, 2015, consultabile in https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Alert_30_The_Dark_Web.pdf, che sottolinea come, se, da un lato, i soggetti preposti al *law enforcement* in area europea pongono uno sforzo maggiore nel tentare di prevenire la diffusione di contenuti terroristici sui c.d. *mainstream channels*, dall’altro lato, il *dark web* preoccuperebbe maggiormente le autorità statunitensi.

all'organizzazione di attentati e alla fabbricazione e commercio di armi utilizzate con scopi di *training* di soggetti attratti nella sfera terroristica.

Ai fini della presente analisi, vengono prese in considerazione, perlomeno in preponderanza, quelle attività che avvengono sulla “porzione” di *web* accessibile a tutti. Esse sono indubbiamente idonee a raggiungere un maggior numero di destinatari e, di conseguenza, le problematiche relative al bilanciamento tra libertà di espressione, anche *online*, libertà di informazione e necessità di garantire la sicurezza nazionale, si fanno quanto mai pressanti. Gli strumenti del *dark web*, invece, sono, per loro stessa natura, di accesso ristretto e, molto spesso, le loro finalità sono illecite di per sé, quindi la comunicazione e lo scambio di informazioni che avviene sul *dark web* è frequentemente sottratto *a priori* al raggio di applicazione della libertà di espressione⁶⁷.

3.1. Le risposte dei legislatori al c.d. *terrorist speech*

Come chiarito in sede di analisi teorica, la libertà di espressione o di manifestazione del pensiero, pur ponendosi, per utilizzare le parole della Corte costituzionale italiana, alla stregua di «pietra angolare della democrazia»⁶⁸, non è, in nessun sistema giuridico interno, né a livello sovranazionale, un diritto di carattere “assoluto”. Ciò è vero addirittura in ambito statunitense, nonostante qui la libertà di espressione più si avvicina alla concezione quale diritto non passibile di limitazione. Eppure, anche in tale sistema si è visto come le corti abbiano elaborato una serie di *test* per bilanciare il *free speech* con altri interessi che possano eventualmente venire in rilievo. Ciò significa che questi ultimi, seppure in un numero limitato di casi, hanno comunque possibilità di prevalere in talune circostanze specificate dai canoni di valutazione predisposti dalla giurisprudenza.

Si è poi visto come il messaggio terroristico è mutato nel corso degli anni, venendosi a modificare, in parallelo con il cambiamento delle tecniche di radicalizzazione e dei loro obiettivi, la pervasività della comunicazione posta in essere dai gruppi di ispirazione islamista radicale. Alla luce di ciò, è opportuno

⁶⁷ Ciò non deve indurre a pensare che ciò che avviene sul *dark web* non rientri nell'esercizio della libertà di espressione e, di conseguenza, non ne debba rispettare i limiti. Non esiste solamente un utilizzo illecito del *dark web* – sebbene l'illegalità sotto la garanzia dell'anonimato costituisca, a livello statistico, il fine principale per cui esso viene utilizzato. Alcuni esempi di utilizzo “legale” del *dark web* sono l'impiego ai fini di attività investigative o di scambio di informazioni che devono per legge rimanere segrete. Si veda, sul punto, N.A. ASSAN, R. HIAZI, *Open Source Intelligence Methods and Tools*, New York, Springer, 2018, 95 ss.

⁶⁸ Corte cost., sent. 2 aprile 1969, n. 84. V. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 424 ss.

analizzare le risposte, osservabili anzitutto sul piano legislativo, ma anche su quello politico e sociale, alla minaccia del *terrorist speech*. Quest'ultima è idonea a costituire molto più che un mero atto di convincimento verbale. In altre parole, gruppi terroristici, e più in generale i soggetti radicalizzati, tendono ad utilizzare tecniche altamente sofisticate, idonee spesso ad incidere addirittura sull'inconscio dell'ascoltatore al fine di rendere la sua psiche maggiormente incline ad essere attratta dal mondo del radicalismo violento⁶⁹.

Guardando ai metodi volti a contrastare il discorso terroristico, la dottrina che si è occupata del tema⁷⁰ è solita distinguere tre approcci volti al combattere, reprimere o prevenire il discorso terroristico. Il primo consiste nella criminalizzazione di colui che diffonde il messaggio: l'oggetto delle misure di contrasto è il "mittente" del messaggio. Il secondo vede come principale strumento l'inibizione dell'accesso al messaggio radicalizzante, *target* principale della misura applicata. Il terzo, invece, si basa invece su misure di carattere più sociologico che giuridico e fa dell'integrazione di soggetti a rischio di radicalizzazione il proprio fulcro di azione. Posta l'estraneità del terzo approccio all'utilizzo di strumenti di carattere giuridico, ai quali vengono preferite tecniche di integrazione di carattere sociale, il primo e il secondo fanno uso preponderante, rispettivamente, degli strumenti del diritto penale⁷¹ e di quelli del diritto amministrativo.

Nello svolgere questo studio, pare utile seguire questa triplice scansione, ormai consolidata. A tale analisi ricostruttiva degli strumenti propri di ciascun approccio sembra opportuno giustapporre la riflessione critica sugli effetti positivi e/o negativi che essi possono avere sulla tenuta delle garanzie per un diritto fondamentale della persona quale la libertà di espressione. Non essendo possibile tenere in considerazione la totalità degli ordinamenti democratici, si utilizza la tecnica del *case-study*, che porta ad esaminare per ciascun approccio un singolo Paese (o, in taluni casi, più Paesi in comparazione fra loro). È oggetto di esame critico, reso possibile dalla metodica comparatistica e incentrata sulla casistica pratica che lo studio intende seguire, la motivazione – non in senso politico, bensì giuridico-

⁶⁹ The Carter Center, *Countering Daesh Propaganda: Action-Oriented Research for Practical Outcome* (2016) https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/conflict_resolution/countering-isis/counteringdaeshpropaganda-feb2016.pdf.

⁷⁰ V., per tutti, C. WALKER, *The War of Words with Terrorism: An Assessment of Three Approaches to Pursue and Prevent*, 22 *Journal of Conflict and Security Law* 2017, 523 ss.

⁷¹ Tale approccio viene chiamato anche *law enforcement approach* oppure *criminal justice approach*. V. United Nations, *Global Survey on the Implementation of Security Council resolution 1624 (2005) by Member States*, 28 January 2016, S/2016/50.

sistematico – che può avere indotto ciascun ordinamento preso in esame a seguire – *rectius*, a far prevalere – un approccio piuttosto che un altro. La ricostruzione è resa possibile anche grazie alle premesse teoriche sulla libertà di espressione prima delineate, che permettono di scindere la concezione statunitense da quella europea relativamente alla situazione giuridica soggettiva oggetto di questa Sezione.

Per quanto riguarda il primo approccio, esso fa leva, anzitutto, sugli strumenti del diritto penale. Di conseguenza, è tipico l’inserimento, nei codici penali nazionali, di reati che specificamente puniscono la manifestazione di idee estremiste e violente, che possano in qualche maniera essere ricondotte a dottrine di matrice terroristica o, comunque, islamista estrema. Altamente frequenti sono anche previsioni che impongono aumenti di pena nel caso in cui tali condotte abbiano luogo per mezzo di strumenti informatici oppure telematici.

Si può dire che vi siano stati due “ondate” in cui sono fiorite, nel panorama comparato, legislazioni volte a criminalizzare comportamenti consistenti nell’instillare, con vari gradi di “pericolosità”, il germe del discorso violento ed estremista in chi ascolta o comunque recepisce il messaggio. La prima “ondata” risale al 2005-2006, mentre la seconda si è avuta in tempi più recenti, in particolare dopo gli attentati terroristici che, a partire dal 2014-2015, hanno funestato diverse zone dell’area europea.

Il primo impulso alla criminalizzazione specifica di attività consistenti nell’incitare, direttamente o indirettamente, le attività e le metodiche terroristiche si deve all’azione esercitata da una serie di strumenti provenienti dal piano internazionale. Già la Risoluzione 1624/2005 del Consiglio di Sicurezza ONU invita gli Stati ad adottare misure idonee a «[p]rohibit by law incitement to commit terrorism act or acts»⁷². La Risoluzione sottolinea, inoltre, in sede di preambolo, che l’incitamento può essere anche il portato di condotte che appaiono essere scollegate da un effettivo invito diretto a porre in essere atti terroristici, ma giustificchino o

⁷² UN Security Council, Resolution no. 1624 of 14 September 2005, S/RES/1624(2005). Il testo ufficiale in inglese è consultabile in http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1624%20%282005%29. Su questa Risoluzione, si veda J. TEMPERMANN, *Religious hatred and international law: the prohibition of incitement to violence and discrimination*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 104. La Risoluzione 1624/2005, in realtà, specifica in maniera più esplicita quanto già sottolineato dalla Risoluzione 1373/2001, la quale, immediatamente dopo gli attacchi dell’11 settembre, metteva in rilievo come l’incitamento al terrorismo sia idoneo a costituire una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale alla stregua degli stessi atti di terrorismo. Inoltre, in entrambe le Risoluzioni citate appare chiaramente specificato il rischio legato all’utilizzo del *web* con finalità terroristiche (perlopiù, di diffusione e propaganda delle ideologie, dottrine, metodi e atti terroristici compiuti precedentemente).

esaltino quelli del passato. Il Preambolo fa riferimento anche a comportamenti qualificabili come «attempts at the justification or glorification (*apologie*) of terrorist acts that may incite further terrorist act», senza invitare esplicitamente alla criminalizzazione di queste condotte.

Pochi mesi prima che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite approvi la Risoluzione 1624/2005, viene aperta alla firma, da parte dei rappresentanti degli Stati che desiderino aderirvi, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo⁷³. Quest'ultima, diversamente dalla citata Risoluzione del 2005, non si limita a richiedere che le condotte di incitamento al terrorismo, o comunque ad esso rapportabili, vengano proibite, ma invita gli Stati che la ratificano a prevedere che una serie di comportamenti⁷⁴ siano «a criminal offence under [...] domestic law». Pertanto, entra in gioco come strumento specifico di prevenzione e repressione l'elemento penalistico, al quale la Risoluzione 1624/2005 invece allude solamente. Le condotte alle quali la Convenzione del 2005 fa riferimento sono quelle rapportabili al concetto di «public provocation to commit a terrorist offence»⁷⁵. Essa viene definita dalla stessa disposizione come «the distribution, or otherwise making available, of a message to the public, with the intent to incite the commission of a terrorist offence, where such conduct, whether or not directly advocating terrorist offences, causes a danger that one or more such offences may be committed»⁷⁶.

Perciò, in un arco temporale immediatamente successivo all'approvazione, sul piano internazionale, degli strumenti citati, gli Stati reagiscono modificando la propria normativa penale. Ciò non deve indurre a pensare che, precedentemente, i codici penali nazionali non disponessero di un apparato normativo idoneo a sanzionare condotte che incitassero in modo diretto o indiretto oppure, in alcuni casi, meramente apportassero elogio, alle attività terroristiche. Nondimeno, nella maggior

⁷³ Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS no. 196, open to signature in Warsaw on 16/05/2005, entered into force on 01/06/2007. Il testo ufficiale in inglese è consultabile in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016808c3f55>.

⁷⁴ V. *infra* per la specificazione di quali esse siano.

⁷⁵ Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, cit., art. 5.

⁷⁶ Nel 2010, Martin Scheinin, che allora svolgeva le funzioni di Special Rapporteur dell'ONU in tema di antiterrorismo, cita la definizione data da questa Convenzione come una delle dieci *best practices* che gli Stati dovrebbero seguire nell'ambito della lotta al terrorismo, invitandoli a recepirla nella criminalizzazione delle attività di incitamento al terrorismo. V. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin*, UN Human Rights Council, Sixteenth Session (22 December 2010), UN Doc A/HRC/16/51.

parte dei casi esse rientravano nell'ambito di applicazione di norme che punivano tali comportamenti – incitamento, apologia, ecc.⁷⁷ – rispetto a qualsiasi tipo di reato.

Il fatto che l'impulso a punire specificamente chiunque inciti ad atti di terrorismo provenisse dal piano internazionale pone non pochi problemi, al momento di recepire le indicazioni a livello interno. Anzitutto, essi sorgono in relazione alla specifica condotta meritevole di sanzione. Come si evince facilmente sia dall'analisi pratica delle tecniche di radicalizzazione⁷⁸ sia dalla terminologia utilizzata dagli strumenti di diritto internazionale, esistono diversi gradi di correlazione tra la parola – o, più in generale, la manifestazione del pensiero che rimanda ad atti di terrorismo – e la possibilità che essa incida effettivamente sulla psiche di chi ascolta, o comunque recepisce il messaggio, in maniera tale da indurre tale persona a porre in essere un'azione rapportabile ad attività di stampo terroristico.

Dal punto di vista terminologico, sono già venuti in luce concetti quali “incitamento” (“*incitement*”), “provocazione pubblica”, “apologia”, “*glorification*”. Se è vero che pochi problemi si pongono quando l'incitamento è diretto rispetto alla commissione di un atto di terrorismo (invito esplicito ad agire secondo un certo schema o abbracciare quel particolare tipo di ideologia), ulteriori comportamenti – incitamento indiretto, apologia, *glorification* – rientrano in una “zona grigia” nella quale è difficile determinare il confine tra ciò che è punibile e ciò che è, invece, legittima manifestazione delle proprie idee. Bisogna rilevare anche che tali “zone d'ombra” sono, a livello concreto, le situazioni più frequenti. Inoltre, esiste un problema linguistico, prima che definitorio, nel momento in cui tali concetti vengono trasposti nell'ambito dei singoli ordinamenti giuridici⁷⁹. In altre parole, stante l'invito, proveniente dal piano internazionale, a considerare il legame tra l'incitamento e il terrorismo a livello legislativo e a punirlo con gli strumenti del diritto penale interno, ciascun Paese non solo ha configurato il/i relativo/i reato/i in maniera diversa, a seconda dei propri canoni penalistici e dell'interpretazione degli stessi da parte della giurisprudenza consolidata, ma ha anche attribuito a tali

⁷⁷ Si veda *infra* in questo paragrafo per le differenze terminologiche

⁷⁸ V. *supra*.

⁷⁹ Ad esempio, il concetto di *apologie* (o *glorification*) è stato definito nell'ambito del Council of Europe Committee of Experts on Terrorism (CODEXTER) come «the public expression of praise, support and justification of terrorist and/or terrorist acts». Council of Europe Committee of Experts on Terrorism, *Apologie du Terrorism and Incitement to Terrorism. Analytical Report*, 3rd meeting, Strasbourg, 6-8 July 2004. Il *report* è consultabile in <http://www.statewatch.org/news/2005/jan/ribbelink.pdf>. Questa definizione nulla dice, ad esempio, sul nesso di causalità che deve sussistere fra tale manifestazione del pensiero e la possibilità che il recipiente del messaggio si convinca a commettere un atto di terrorismo o ad accoglierne l'ideologia.

fattispecie denominazioni che non sempre, se tradotte in altra lingua, rispecchiano ciò che a livello giuridico si intende con l'utilizzo di quella data parola in quel contesto nazionale.

Nel 2017, il Comitato Antiterrorismo del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha prodotto un *report* sull'implementazione della Risoluzione 1624/2005⁸⁰, in cui analizza le reazioni dei diversi Paesi e con quanta frequenza si fa ricorso a ciascuno degli approcci citati. In relazione a quello penalistico – che viene indicato nel *report* come *law enforcement approach* o *criminal justice approach* – si nota che esso, nonostante sia efficace in talune circostanze, può, in altri casi, essere meno efficiente degli altri metodi e, in alcune situazioni, addirittura controproducente⁸¹. In particolare, nell'applicare la sanzione di diritto penale anche nei casi in cui il legame tra manifestazione di pensiero e (quantomeno rischio di) azione, si può facilmente arrivare ad abusi. In altre parole, si corre il rischio di reprimere non vere e proprie forme di incitamento, pericolose per la sicurezza pubblica, bensì ma manifestazioni legittime di dissenso. Queste ultime ben possono essere definite *borderline* tra ciò che è punibile perché non coperto dalla libertà di espressione e legittime forme di espressione di idee politiche che – per quanto “estreme” – meritano di essere tutelate in un contesto democratico⁸². Questo bilanciamento esplicita la tensione fra il “mercato delle idee” di matrice statunitense e l'approccio europeo, più incline a guardare alla libertà di espressione come un diritto limitabile in un novero ampio di circostanze.

In questa situazione apparentemente priva di soluzioni ben definite, alcuni Stati hanno posto particolare attenzione a far sì che venga criminalizzata solamente la condotta che mira all'incitamento, diretto o indiretto, ma pur sempre con un nesso causale tra la parola – o comunque la manifestazione del pensiero – e la potenziale azione. Altri ordinamenti nazionali, invece, hanno – con ogni probabilità volutamente – adottato definizioni molto vaghe. Ci si riferisce a termini quali *glorification*, apologia, incoraggiamento, giustificazione, che tendono a far rientrare nell'ambito del discorso terroristico qualsiasi manifestazione di elogio o appoggio all'ideologia terrorista, ai suoi metodi e alle azioni perpetrate nel passato.

⁸⁰ United Nations Security Council, Counter-Terrorism Committee, Executive Directorate, *Global survey of the implementation of the Security Council resolution 1624(2005) by Member States*, 2017, UN Doc S/2016/50.

⁸¹ Nonché a produrre il c.d. *chilling effect*. Sul questa conseguenza, v. B. CANES-WRONE, M.C. DORF, *Measuring the Chilling Effect*, in 90 *New York University Law Review*, 2015, 1095.

⁸² V. ampiamente sul tema I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Se si volesse tracciare una rappresentazione grafica dei vari concetti finora delineati – incitamento, apologia, ecc. – rapportandoli all’esistenza di un più o meno forte nesso di causalità tra la manifestazione del pensiero e la possibile azione, essa potrebbe apparire come in Figura (2). Si noti che si tratta di una rappresentazione forzosamente approssimativa e basata su elementi comuni che i diversi sistemi giuridici, nelle differenti rispettive lingue, tendono a far coincidere relativamente alle varie fattispecie.

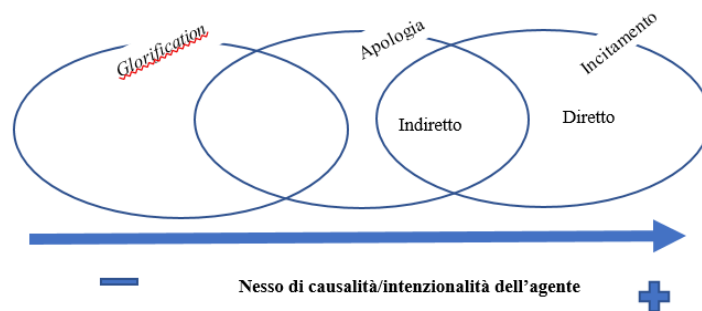


Figura (2)

La Figura (2) può essere commentata come segue. L’incitamento diretto si configura come l’invito esplicito, posto in essere per mezzo di qualsiasi mezzo di comunicazione, a commettere attività terroristiche o seguire tali ideologie. Nel caso il soggetto destinatario del messaggio ponga effettivamente in essere tali attività, il nesso di causalità tra la manifestazione del pensiero e l’azione è massimo. Anche nella situazione in cui non si verifichi alcuna azione concreta, il rischio che essa avrebbe potuto aver luogo rileva ai fini della punibilità.

In caso di incitamento indiretto, invece, non vi è invito esplicito, ma atteggiamenti e comportamenti idonei a sortire lo stesso effetto e, pertanto, può dirsi sussistente un nesso di causalità comparabile, se non pari, tra la manifestazione di pensiero e (perlomeno il rischio di commissione del)l’azione.

La definizione di apologia è più controversa per la seguente ragione. Vi sono alcuni ordinamenti – ne è un esempio quello italiano, che si va ad esaminare nel prosieguo di questa Sezione – che, in base ai propri canoni di diritto penale derivati dall’impianto costituzionale, nonché all’interpretazione della giurisprudenza

costituzionale e/o ordinaria, tendono ad eguagliarla all'incitamento indiretto. Invece, altri sistemi giuridici – è il caso della Francia – la parificano a quella che, in lessico anglosassone, viene chiamata *glorification*. Si intende per tale un discorso elogiativo, volto all'esaltazione di atti terroristici del passato o del c.d. *welfare state* islamico⁸³, che non implica alcun invito, neanche indiretto, all'adesione alla suddetta ideologia o a porre in essere determinati atti⁸⁴.

Restano fuori dallo schema termini quali *public provocation* o propaganda, in quanto il primo – utilizzato dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 – può essere considerato come una sorta di “nozione ombrello”, impiegata dalla Convenzione per definire un tipo di condotta che può assumere diverse sfumature.

Il secondo approccio utilizza gli strumenti del diritto amministrativo e consiste precipuamente nell'inibire, o quantomeno rendere più difficile, l'accesso al messaggio radicalizzante⁸⁵. In tale contesto, è di rilievo il ruolo del fattore tecnologico, perché si tende, più che a punire il soggetto, a fermare l'espansione del messaggio stesso, che ha spesso come suo canale il mezzo tecnologico. Pertanto, questo tipo di misure non possono prescindere da infrastrutture tecniche altamente sofisticate, in grado di vagliare il *web* – eventualmente, anche nella sua “componente *dark*” – e rilevarne le minacce.

Inoltre, in quest'area viene anche in rilievo la cooperazione tra il settore pubblico – autorità di *law enforcement* – e quello privato. Si pensi a piattaforme come Google

⁸³ V. *supra*.

⁸⁴ Come già sottolineato, si rilevano anche importanti difficoltà linguistiche, in quanto, naturalmente, ogni ordinamento nazionale definisce le diverse fattispecie con termini della propria lingua e non sempre la traduzione letterale di un termine di una data lingua in un altro idioma corrisponde a ciò che si intende con esso nel relativo sistema giuridico. Ne è esempio il francese *apologie*: il termine italiano per tradurlo è senza dubbio “apologia”. L'apologia italiana non corrisponde all'*apologie* francese, come meglio si vedrà *infra*. Inoltre, è interessante notare che alcuni ordinamenti – solamente due, in verità, nell'ambito dell'Unione europea, ossia la Spagna e la Lituania – puniscono alla stregua dell'esaltazione del terrorismo (in spagnolo, *enaltecimiento*) anche l'umiliazione delle vittime o delle loro famiglie. Si veda, sul caso spagnolo, J. BERNAL DEL CASTILLO, *El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, n.º 16 (2016), 13 ss.

⁸⁵ Parte della dottrina riconduce a questo approccio anche l'utilizzo di misure amministrative di espulsione di soggetti che pongono in essere il c.d. *terrorist speech*. V. in questo senso A. VEDASCHI, *Humiliation of Terrorism Victims: Is Human Dignity Becoming a 'National Security Tool'?*, in C. PAULUSSEN, M. SCHEININ (eds.), *Human Dignity and Human Security in Times of Terrorism*, The Hague, Springer-Verlag, 2020, 299 ss.

o a *social network* quali Facebook, Twitter etc.⁸⁶, e al loro ruolo nell'identificazione di utenti o contenuti potenzialmente pericolosi per la sicurezza nazionale.

Le misure relative a questo secondo approccio sono state classificate secondo vari criteri⁸⁷. Nel presente lavoro, si sceglie di categorizzarle secondo un canone di progressiva incisività sulla manifestazione delle idee, la quale, a sua volta, è direttamente proporzionale rispetto al grado di “blocco” dell'accesso al messaggio.

In prima battuta, rientrano nel secondo approccio le misure di *oscuramento* dei siti *web*, che consistono nel rendere non visibili i relativi contenuti. In secondo luogo, esistono una serie di misure c.d. di *take-down*, che consistono nella rimozione di contenuti specifici a seguito di segnalazioni, che possono provenire anche dai singoli utenti. Tra l'altro, questo tipo di politiche viene posto in essere non solo a livello nazionale, ma anche se si guarda al piano euro-unitario⁸⁸. Risale al 2015 la creazione nell'ambito di Europol della Internet Referral Unit, che consiste in una specifica unità che coordina diversi partner – tra cui anche le più grandi società che gestiscono i servizi e le piattaforme *online* – nell'attività di identificazione di minacce rappresentate da contenuti terroristici o comunque estremisti e svolge attività di supporto nei confronti delle autorità nazionali di *law enforcement* per mezzo dell'analisi strategica⁸⁹. Da ultimo, e si tratta della fattispecie maggiormente repressiva, si può procedere alla chiusura di taluni siti – e non solo alla rimozione di alcuni contenuti – solitamente presenti in un elenco (c.d. *blacklists*) stilato dall'esecutivo sulla base delle attività di investigazione dei servizi di *intelligence*.

Soprattutto in quest'ultimo caso, possono porsi importanti questioni relative alla tematica della separazione dei poteri, che si evidenziano in misura maggiore quanto meno presenti sono le garanzie giurisdizionali – in sede autorizzatoria *a priori* oppure, almeno, di controllo *a posteriori* nell'ambito della procedura di eliminazione del sito *web*. Tuttavia, come spesso rilevato dai governi⁹⁰, l'intervento

⁸⁶ Per uno sguardo “operativo” al tema, A. TETI, *Isis e “social network”. Da Twitter a Facebook passando per WhatsApp e YouTube*, in *Gnosis*, 4/2015, 74 ss.

⁸⁷ Taluni, ad esempio, scelgono di suddividere questo tipo di misure tra azioni “in positivo” e azioni “in negativo”. Così C. WALKER, M. CONWAY, *Online Terrorism and Online Laws*, in 8 *Dynamics of Asymmetric Conflict*, 2015, 156 ss.

⁸⁸ Qui, nel settembre 2018, la Commissione europea ha avanzato una proposta di regolamento per la rimozione di contenuti terroristici dalla rete. COM(2018) 640 final. Sul punto, R. PEZZUTO, *Contenuti terroristici online: l'Unione europea lavora a nuove forme per prevenire la diffusione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2019, 35 ss.

⁸⁹ V. EU Internet Referral Unit, *Year One Report. Highlights*, consultabile in <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/eu-internet-referral-unit-year-one-report-highlights>.

⁹⁰ C. WALKER, *The war of words with terrorism*, cit., 15.

giurisdizionale tende a rallentare un processo che, invece, risulta efficiente quanto più è veloce. In altre parole, meno tempo il contenuto terroristico permane *online*, più si abbassa la probabilità che esso abbia modo di agire sugli utenti in senso “radicalizzante”. Questo genere di misure presuppone spesso, qualora la segnalazione del contenuto pericoloso non arrivi direttamente dall’utente o dal gestore del servizio telematico, una stringente attività di sorveglianza delle comunicazioni *online*⁹¹.

Del terzo approccio, invece, è opportuno fare solamente parola ed escluderlo dalla trattazione, se non per cenni e in relazione a quanto possa essere utile per la valutazione delle misure afferenti agli altri due. Al c.d. approccio *soft* si è scelto di non dedicare un apposito *case-study*, ma sembra comunque utile ricordare i caratteri essenziali delle relative misure e illustrare come esse si sviluppino grazie all’interazione tra il livello sovranazionale e quello domestico.

Si tratta di tattiche che fanno leva sulla prevenzione della radicalizzazione e sulla rieducazione di chi è già stato esposto a tale processo, grazie a strumenti che puntano all’integrazione e agiscono più sulla sfera sociologica e psicologica del soggetto, che su un piano giuridico. Ci si riferisce spesso all’insieme di queste tecniche come a misure di “contro-narrativa”⁹².

Tipici di questo meccanismo sono: la prevenzione della radicalizzazione nelle carceri e nelle scuole, l’istituzione di sistemi informativi sui fenomeni del radicalismo, le campagne di sensibilizzazione, il dialogo delle istituzioni locali con le comunità musulmane. Questo approccio, ampiamente adottato a livello nazionale⁹³, risponde anche all’esigenza di attuare un indirizzo politico manifestatosi sul versante euro-unitario e su quello internazionale. Già nel 2011, la Commissione crea una rete per la sensibilizzazione in materia di radicalizzazione (Radicalisation Awareness Network – RAN)⁹⁴, che riunisce soggetti ed enti la cui attività può

⁹¹ V. Sezione I del presente Capitolo.

⁹² L’espressione è stata coniata dalla dottrina di lingua inglese (*counter-narrative*). La letteratura sul tema è molto ampia. Si veda, *ex multis* e a fini ricognitivi, B. VAN GINKEL, *Responding to Cyber Jihad: Towards an Effective Counter Narrative*, ICCT Research Paper, March 2015.

⁹³ V. al proposito *infra* in questo paragrafo.

⁹⁴ Essa è organizzata in una struttura di nove gruppi di lavoro, alcuni dei quali si occupano di contronarrativa alla propaganda terroristica, mentre altri sono più focalizzati sulle vittime o sul coordinamento delle autorità locali e del loro rapporto con le diverse comunità musulmane. Tra l’altro, già nel 2005, subito dopo gli attentati di Londra e di Madrid, il Consiglio dell’Unione europea aveva fondato la propria strategia antiterrorismo su quattro pilastri, tra i quali non compaiono solo la repressione e la persecuzione dei reati terroristici, ma anche la prevenzione e la protezione. V. Council of the European Union, *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, 30 November 2005, 14469/4/05 REV 4.

incidere sulla prevenzione della radicalizzazione, al fine del coordinamento delle loro azioni e della delineazione di *best practices*.

L'importanza di una strategia fondata sull'inclusione e sull'integrazione degli strati più a rischio della società è menzionata anche dagli strumenti giuridici internazionali citati come propulsori del primo approccio (penalistico). Già la Risoluzione 1624/2005 afferma l'esigenza, affinché gli sforzi contro il terrorismo siano efficaci, di promuovere il dialogo e la comprensione fra le diverse culture, cosa che viene ripresa, successivamente, anche dalla Risoluzione 2178/2014, adottata per combattere il fenomeno dei *foreign fighters*.

A livello nazionale, pur concentrando l'analisi solo negli Stati membri dell'Unione europea, non mancano esempi di misure che concretizzano tali finalità. Si va da leggi specifiche sulla radicalizzazione e il suo contrasto grazie a misure di integrazione⁹⁵, all'apertura di centri sperimentali di de-radicalizzazione degli estremisti⁹⁶, alla predisposizione di strumenti di dialogo con il mondo islamico⁹⁷.

⁹⁵ Ad esempio, in Italia il progetto di legge D'Ambruoso (proposta di legge C-3588, presentata il 26 gennaio 2016), presentato nell'ambito della XVII Legislatura, agisce su due versanti, uno preventivo e uno successivo. Da un lato, si vuole incentivare la formazione in ambito lavorativo e scolastico per evitare che le persone a rischio si radicalizzino; dall'altro, si prevedono misure per la rieducazione e de-radicalizzazione di coloro che già sono radicalizzati, anche qualora si trovino già in carcere. In parallelo, ci si propone di fornire alle forze dell'ordine una specifica formazione volta a riconoscere e ad interpretare segnali di radicalizzazione e di estremismo jihadista. Viene prevista, inoltre, l'istituzione, presso il Ministero dell'Interno, di un sistema informativo sui fenomeni di radicalismo jihadista, con fini di monitoraggio e prevenzione. La proposta è stata presentata il 26 gennaio 2016. La prima lettura del Senato si è conclusa il 19 luglio 2017 ed il testo è stato trasmesso alla Camera. Il progetto rimarrà comunque incompiuto a causa dello scioglimento delle Camere e non si registra, allo stato dei fatti, alcun ripresentazione dello stesso disegno di legge. Inoltre, nel 2017 è stato istituito presso l'Università di Bari un master in "Prevenzione della radicalizzazione del terrorismo e politiche di integrazione interreligiosa e interculturale". Il master punta alla formazione di una nuova figura professionale specializzata in antiterrorismo e l'idea è nata da alcuni casi giudiziari che hanno interessato il territorio barese.

⁹⁶ Si vedano gli esempi dei centri di radicalizzazione di Vilvoorde e di Aahrus, in Danimarca, finalizzati al recupero di *foreign fighters* tornati in Europa.

⁹⁷ Sempre nel caso italiano, nel 2017 ha visto la luce il Patto nazionale per un Islam italiano, sottoscritto dalle più importanti associazioni islamiche in Italia e finalizzato a promuovere il dialogo e la lotta a qualsiasi forma di estremismo e radicalismo di matrice islamica. Tra l'altro, sono stati firmati vari accordi tra Università italiane e atenei di Paesi islamici, per la cooperazione e l'internazionalizzazione tra l'Italia e il mondo islamico. V. A. CUCINIELLO, *Le figure di riferimento nell'Islām: ruolo e funzione*, Fondazione ISMU, Paper Gennaio 2018, reperibile in <http://www.ismu.org/wp->

I meccanismi rientranti in questa terza categoria sono assai diversificati e le opinioni di chi si è occupato del tema sono varie. Si passa da coloro che ritengono questo arsenale di strumenti la risposta più efficace, in quanto non incide in maniera pesante su aspetti quali la libertà di espressione e altri diritti fondamentali dell'individuo⁹⁸ a coloro che lo criticano perché, pur nell'intento di favorire l'integrazione, si arriverebbe al risultato opposto, dato che si genererebbe un clima di "sospetto" nei confronti delle comunità musulmane, portando, in ultima analisi, alla loro stigmatizzazione⁹⁹.

Le tre categorie descritte presentano ciascuna, nella loro applicazione pratica, degli aspetti positivi e delle debolezze. Con riferimento al terzo approccio, però, eventuali rischi e problematicità non possono essere vagliati da alcun organo giurisdizionale, non trattandosi di misure giustiziabili, diversamente da quelle rientranti nel primo e – in certa parte – nel secondo approccio. Pertanto, paradossalmente, gli strumenti ritenuti da molti meno invasivi, tanto da essere ricondotti al c.d. metodo *soft*, potrebbero recare un numero maggiore di problemi di carattere giuridico rispetto agli altri due.

3.1.1. Case-study sul law enforcement approach: una comparazione tra il Terrorism Act britannico e il codice penale italiano

Come si è accennato, precedentemente all'esplosione della minaccia terroristica, le legislazioni penali di molti Stati non contemplavano l'incitamento all'azione terrorista come reato autonomo. Dopo la Risoluzione 1624/2005, invece, si è vista l'introduzione di queste fattispecie in molti codici penali nazionali¹⁰⁰.

content/uploads/2018/01/Cuciniello_Le-figure-di-riferimento-nellislam_gennaio2018-1.pdf.

⁹⁸ M. DIANI, D. MCADAM (eds.), *Social movements and networks: Relational approaches to collective action*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁹⁹ P. THOMAS, *Responding to the Threat of Violent Extremism*, London, Bloomsbury, 2012. Si veda, per una ricognizione di queste opinioni, D. BIGO, L. BONELLI, E.-P. GUITTET, F. RAGAZZI, *Preventing and Countering Youth Radicalisation in the EU*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament PE 509.977.

¹⁰⁰ Gli ultimi dati, facenti riferimento al citato *report* delle Nazioni Unite *Global survey of the implementation of the Security Council resolution 1624(2005) by Member States*, parlano dell'introduzione di questo genere di reati in almeno 76 Paesi nel lasso di tempo tra l'adozione della risoluzione del 2005 e il novembre 2015. Se a questi si aggiungono gli Stati che criminalizzano l'incitamento in generale – relativamente a qualsiasi reato – facendovi rientrare anche le fattispecie terroristiche, si arriva, secondo il *report*, a circa 135 Stati che proibiscono questo comportamento per mezzo del proprio diritto penale.

Nel citato *report* del 2017¹⁰¹, il Comitato ONU contro il terrorismo si esprime ritenendo questo tipo di misure assolutamente efficaci ai fini della repressione del radicalismo, a patto che, però, gli Stati prevedano chiaramente nella fattispecie penale un elemento soggettivo (intenzione di far nascere in altri il proposito terroristico) e un elemento oggettivo (il crearsi del pericolo di effettiva commissione di azioni terroristiche). Lo stesso Comitato sottolinea come reati quali la *glorification* e l'*apologie* siano diversi dall'incitamento e che, essendo citati solo nel Preambolo della Risoluzione 1624/2005 e non nella sua parte operativa, non si richiede la loro criminalizzazione, a meno che non possano condurre a vero e proprio incitamento. Tra i Paesi che puniscono la *glorification* del terrorismo o l'apologia, vi sono, rispettivamente, il Regno Unito e l'Italia. La scelta di accostarli è motivata dalla volontà di mostrare come la configurazione di uno stesso reato – si ricordi che, spesso, si tende a far coincidere il concetto di *glorification* con quello di apologia – in due contesti giuridici diversi possa atteggiarsi diversamente a causa del differente sistema giuridico e della posizione fatta propria dalle rispettive corti nazionali.

Il Regno Unito è uno dei primi ordinamenti ad implementare la Risoluzione ONU 1624/2005, quando il *Terrorism Act*, che entra in vigore nel 2006¹⁰², struttura il reato di *encouragement to terrorism* in maniera tale che vi rientri anche la condotta di *glorification of terrorism*. Nella sua accezione indiretta, l'*encouragement* si configura anche qualora si riscontri la *glorification*¹⁰³ nei confronti di atti terroristici del passato o della preparazione di azioni future.

L'elemento soggettivo, ossia la volontà di chi agisce di instillare in altri il proposito di commettere atti terroristici, è attenuato, essendo sufficiente la mera "indifferenza" agli effetti della propria espressione.

L'elemento oggettivo, ossia il reale rischio che la *glorification* porti a concretizzazione un atto terroristico, è altrettanto sfumata, poiché è sufficiente che «members of the public could reasonably be expected to infer that what is being glorified is being glorified as conduct that should be emulated by them in existing circumstances»¹⁰⁴.

Il quadro giuridico italiano, invece, vede la criminalizzazione del reato di apologia del terrorismo all'art. 414, co. 4 c.p. Tale comma è introdotto nel 2005, anche in questo caso ai fini dell'implementazione della Risoluzione 1624/2005 e

¹⁰¹ V. *supra*.

¹⁰² Terrorism Act 2006, c. 11.

¹⁰³ Dovendosi intendere per tale «any form of praise or celebration, and cognate expressions are to be construed accordingly».

¹⁰⁴ Terrorism Act, Sec. 1(3). Sul punto, C. WALKER, *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo¹⁰⁵. Nel 2015 viene aggiunto un periodo al comma in parola, che stabilisce un aumento di pena qualora l'apologia avvenga ricorrendo a mezzi informatici o telematici¹⁰⁶. Il codice penale italiano, a prescindere da queste due modifiche rese necessarie a causa dell'emergere del terrorismo internazionale, contiene altri reati – alcuni abrogati o dichiarati incostituzionali – che puniscono la manifestazione del pensiero in quanto potenzialmente pericolosa per taluni altri interessi meritevoli di tutela¹⁰⁷.

La normativa penalistica italiana non definisce il reato di apologia¹⁰⁸ e le interpretazioni giurisprudenziali sono frammentate, anche se si sono assestate intorno ad alcuni caratteri comuni. Una breve panoramica merita di essere ricostruita.

A fine anni '50, la Corte di cassazione aderisce ad un'interpretazione piuttosto estensiva: rileva che «non occorre né la rievocazione esaltatrice di un fatto, né la sua glorificazione; è sufficiente, per contro, la formulazione di un giudizio favorevole che implichi l'approvazione convinta dell'episodio verificatosi e per conseguenza l'adesione spirituale ad esso da parte del dichiarante che lo considera come proprio»¹⁰⁹. Questo approccio è vicino al concetto di *glorification*. Probabilmente, se l'orientamento delle corti fosse rimasto tale, l'apologia di reato nel sistema italiano si sarebbe avvicinata ai reati di *glorification* e ciò si sarebbe ripercosso anche sul particolare caso di apologia di reato di stampo terroristico.

L'approccio giurisprudenziale si è andato però modificando e, già al principio degli anni '70, la Corte costituzionale, sulla scorta della considerazione secondo cui «la libertà di manifestazione del pensiero [...] trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema», da un lato non

¹⁰⁵ D.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. con modificazioni in l. 31 luglio 2005, n. 55 in G.U. 1.8.2005, n. 177.

¹⁰⁶ D.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modificazioni in l. 17 aprile 2015, n. 43 in G.U. 20.4.2015, n. 91.

¹⁰⁷ Si tratta di una serie di reati contro l'ordine pubblico, tutti rapportabili all'apologia o all'istigazione. Entrambi i concetti non vengono definiti esplicitamente.

¹⁰⁸ Secondo la dottrina che si è occupata del tema poco dopo l'entrata in vigore del codice penale del 1930 ciò dipende dal fatto che si tratta di un tipo di reato troppo soggetto alla mutevolezza e contingenza del contesto storico-politico per essere definito *a priori*. V. P. DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1936, 785 ss.

¹⁰⁹ Corte di Cassazione, Sez. Unite penali, 18 novembre 1958, in *Foro it.*, vol. 82, n. 8, 1959, 161 ss.

dichiara l'incostituzionalità dell'art. 414 c.p.¹¹⁰, ma dall'altro sottolinea come l'apologia deve essere interpretata alla stregua di una fattispecie di reato «diretta, e idonea, a provocare la violazione delle leggi penali»¹¹¹. Resta allora salva, e rientrando nelle garanzie dell'art. 21 Cost., l'espressione di elogio nei confronti di chi abbia commesso un reato, qualora essa non sia idonea a causare la violazione di una norma penale. Va detto che la dottrina italiana tende a costruire la libertà di manifestazione del pensiero in chiave individualista e non funzionalista¹¹². Ciò significa che essa va garantita all'individuo come singolo, a prescindere che egli sia membro di una comunità e, addirittura, dalla democraticità delle idee che esprime.

La Corte costituzionale italiana non ha avuto modo di pronunciarsi sull'art. 414 c.p. nella versione riformata nel 2015. Nonostante ciò, l'analisi della giurisprudenza della Corte di cassazione può venire in aiuto al fine di delineare un orientamento circa l'interpretazione di questa norma. A tal proposito, la Suprema Corte tende a costruire, anche nelle pronunce più recenti, il reato di apologia del terrorismo come reato di pericolo concreto, punibile qualora l'esaltazione nella quale si esplica la condotta punibile sia «finalizzata a spronare altri all'imitazione» e «integri un comportamento realmente idoneo a suscitare la commissione di delitti»¹¹³. La rilevanza apologetica della condotta, la cui valutazione deve essere lasciata al giudice di merito, va desunta «dal contesto in cui essa si [è] radicata, dalla platea dei suoi destinatari, dalla forza persuasiva del messaggio trasmesso e dall'interesse correlativamente suscitato»¹¹⁴. Sembrerebbe che in concreto anche la Corte di

¹¹⁰ Il quale, lo si ricorda, non contiene ancora, nel momento storico di cui si parla, il comma relativo alla specifica condotta di apologia del terrorismo, ma si configura come generica apologia di reato.

¹¹¹ Corte cost., sent. 65/1970.

¹¹² C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. IX (1957-1958) esemplifica questo concetto rilevando come l'art. 21 Cost. contenga un diritto che deve essere «garantito al singolo come tale indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalla funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare».

¹¹³ Cass. pen., sez. I, 8.2.2018, n. 20198, § 3 cons. dir.

¹¹⁴ Ibid. V. anche Cass. pen., sez. I, 4.4.2017, n. 24103, circa la necessaria potenzialità diffusiva dei contenuti apologetici su Internet. Circa la configurazione dell'apologia di terrorismo ex art. 414 c.p. come reato a pericolo concreto, v. anche Cass. pen., sez. I, 6.1.2015, n. 47489, secondo cui «non basta l'esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, per quanto odioso e riprovevole esso possa apparire alla generalità delle persone dotate di sensibilità umana, ma occorre che il comportamento dell'agente sia tale per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo, della consumazione di

cassazione italiana consideri apologetici comportamenti piuttosto sfumati e apparentemente privi di una forte connotazione incitante, ad esempio ritenendo integrato il reato di apologia del terrorismo dalla condivisione di video jihadisti su Facebook, integrati dall'opzione "mi piace"¹¹⁵.

Nel Regno Unito, la *glorification of terrorism* include qualsiasi forma di lode o celebrazione di attività terroristica¹¹⁶ e l'elemento soggettivo sufficiente per la punibilità del reato consiste nella *recklessness* che un effetto – consistente nella commissione di un atto terroristico – si verifichi. La previsione è del tutto svincolata da qualsiasi conseguenza e basta che l'affermazione sia «likely to be understood» come un incoraggiamento al terrorismo. Peraltro, l'ambito di applicazione di questo reato è ulteriormente esteso dalla definizione affatto ampia di terrorismo fatta propria dall'ordinamento inglese sin dal 2000, quando il *Terrorism Act*, ancora in vigore attualmente, ha definito terroristico qualsiasi atto «designed to influence the government or an international governmental organisation or to intimidate the public or a section of the public» e «made for the purpose of advancing a political, religious, racial, or ideological cause»¹¹⁷.

altri reati e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato».

¹¹⁵ Cass. pen., sez. V., 25.9.2017, n. 55418.

¹¹⁶ Si noti che l'esatta dizione inglese è che la *glorification* «includes any form of praise or celebration». Come notato in S. CHEHANI EKARATNE, *Redundant Restriction: The U.K.'s Offence of Glorifying Terrorism*, in 23 *Harvard Human Rights Journal*, 205 ss., spec. 208, il verbo "includere" lascia intendere che vi sono altre forme di *glorification* non specificate, che si differenziano dalla lode e dalla celebrazione. Ciò lascia spazio ad un amplissimo margine di discrezionalità in capo alle autorità pubbliche. V. anche, in senso critico della disposizione che punisce la *glorification* nel sistema giuridico inglese, Joint Committee of Human Rights, Counter-Terrorism Policy and Human Rights: Terrorism Bill and Related Matters, Third Report of Session 2005-06, H.L. 75-I, H.C. 561-I, § 21.

¹¹⁷ *Terrorism Act* 2000, sec. 1. Il riferimento ad una causa politica, religiosa, razziale o ideologica non può non richiamare alla mente la c.d. *motive clause* propria dell'ordinamento canadese che, con l'*Anti-Terrorism Act* 2001, ha riformato il codice penale, nello specifico per quanto riguarda il concetto di *terrorist activity*, facendovi rientrare una serie di condotte commesse «in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause», finalizzate all'intimidazione del pubblico «with regard to its security, including its economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act» (*Criminal Code*, sec. 83.01(1) come riformata dall'*Anti-Terrorism Act* 2000). Per una critica alla *motive clause* canadese, si veda R. DANIELS, P. MACKLEM, K. ROACH, *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press 2001; K. ROACH, Canada's Responses to Terrorism, in V.V. RAMRAJ, M. HOR K. ROACH (eds.), *Global Anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 511; A. VEDASCHI, C. GRAZIANI,

Il reato di *glorification* come forma di *encouragement* è stato interpretato, dalle corti britanniche dal 2006 al giorno d'oggi, in maniera estensiva. Emblematico, in tal senso, è il caso *Choudary*, in cui l'imputato, il predicatore islamico Anjem Choudary, viene condannato dall'Old Bailey e dalla Court of Appeals per *glorification* di azioni terroristiche, dopo che entrambe le corti hanno considerato tale reato alla luce dell'art. 10 CEDU¹¹⁸, con il quale hanno riscontrato la compatibilità alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (*rectius* della mancanza, nell'ambito di quest'ultima, di una chiara linea interpretativa in casi assimilabili a quello presentatosi)¹¹⁹.

Non si tratta, invero, dell'unico caso verificatosi nel Regno Unito in cui le esigenze della sicurezza nazionale sono state fatte prevalere in maniera consistente sulla libertà di espressione. Una serie di casi decisi tra il 2011 e il 2014 si pongono sulla stessa linea. In particolare, le sentenze *Brown*, *Faraz* e *Iqbal* riguardano tutte condanne di soggetti per possesso di materiale terroristico, che, ai sensi del *Terrorism Act* 2006, include anche materiale che glorifica atti terroristici del passato e spinge alla loro emulazione. Nel decidere questi casi, le corti coinvolte hanno abbracciato posizioni problematiche nei confronti della tutela della libertà di espressione, pur motivate sulla base dell'innegabile assunto secondo cui l'art. 10

National Security and Counter-Terrorism in Canada: Past, Present and Future, in *DPCE Online*, 1/2019, 749 ss.

¹¹⁸ Invero, in grado di appello era stato altresì richiesto di verificare la compatibilità del *Terrorism Act* 2006, nella parte in cui prevede il reato di *glorification*, anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte d'appello non si pronuncia sul punto, ritenendo che l'argomentazione che poggia sull'art. 11 della Carta non aggiunga nulla alla difesa dell'appellante, in quanto la protezione offerta da tale fonte alla libertà di espressione in nulla si differenzia rispetto a quanto garantito dall'art. 10 CEDU. *Choudary and another v R* [2016] EWCA Crim 61.

¹¹⁹ In particolare, la Corte d'appello britannica sottolinea che la Corte di Strasburgo non ha avuto modo, come invece sostenuto dall'appellante, di tracciare «a bright line [between] speech that amounts to incitement to violence and speech that does not». Ripercorre, dunque, una serie di casi in cui la Corte di Strasburgo considera il bilanciamento tra la libertà di espressione e la sicurezza nazionale. La maggior parte di essi hanno come Stato convenuto la Turchia. La Corte di Strasburgo, salvo che nel caso *Leroy*, nel quale Stato convenuto era la Francia, non ha avuto occasione di pronunciarsi circa le restrizioni della libertà di espressione per motivi di sicurezza nazionale nell'ambito di democrazie occidentali di matrice liberale. Cfr. nota 52 e dottrina ivi citata. In questi casi, la Corte EDU tende a riconoscere la violazione dell'art. 10 CEDU. Proprio di tale discrasia e incomparabilità la Corte d'Appello inglese si rende conto, nel rilevare che «there is little to compare» tra i casi c.d. turchi e quello oggetto del giudizio.

CEDU tutela un diritto di carattere non assoluto¹²⁰. Peraltro, le corti sottolineano come il Parlamento britannico avrebbe correttamente e chiaramente delineato la casistica in cui si impongono limiti al *free speech*, non riscontrandosi alcun tipo di illegittimità.

La diversa concezione, nel Regno Unito e in Italia, di due fattispecie di reato, la *glorification of terrorism* – che rappresenta una forma di *encouragement* – e l’apologia di terrorismo, che potrebbero potenzialmente essere intese allo stesso modo, ossia come condotta laudatoria senza alcun intento reale incitante, può essere spiegata sulla base di due principali fattori.

In primo luogo, la mancanza, nel contesto britannico, di una vera e propria forma di giustizia costituzionale¹²¹ può aver influito, nella misura in cui non vi è stata la possibilità di portare la fattispecie dinanzi ad una corte specificamente votata a valutare la compatibilità tra la legislazione e una disciplina superprimaria. In secondo luogo, il Legislatore britannico, pur non avendo mai fatto riferimento esplicito alla necessaria adozione di un approccio belligerante al fenomeno del terrorismo internazionale, si è pur sempre distinto, rispetto agli altri Legislatori europei e con la sola analogia della Francia, per essersi avvalso, almeno in un momento iniziale, di meccanismi in qualche modo emergenziali¹²².

3.1.2. Case-study sull’*administrative measures* approach: una comparazione tra Regno Unito e Francia alla luce degli sviluppi euro-unitari

Se si sposta il fulcro dell’analisi su quello che si è definito *administrative approach*, è opportuno chiarire che il concetto di “amministrativo” assume in questo caso una valenza rispondente in misura maggiore alla definizione anglosassone di diritto amministrativo, che a quella di *civil law*. Si intende, infatti, una serie di

¹²⁰ Nello specifico, con queste sentenze si sottolinea come il carattere della *recklessness*, che integra l’elemento soggettivo della *glorification* come forma di *encouragement*, deve essere inteso alla stregua di «subjective recklessness», ossia «knowledge of a serious and obvious risk that a publication will have to effect of encouraging, directly or indirectly, the commission of terrorist offences», depotenziando di molto l’oggettività del rischio del verificarsi di un effetto nocivo sulla pubblica sicurezza. V. *R v Brown* [2011] EWCA Crim 2751; *R v Faraz* [2012] EWCA Crim 2820; *Iqbal v R* [2014] EWCA Crim 2650.

¹²¹ A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2007, 317 ss.

¹²² Ci si riferisce alla deroga *ex art. 15 CEDU* rispetto ad alcune previsioni della CEDU, che costituiscono, grazie allo *Human Rights Act 1998*, l’unico *bill of rights* scritto britannico.

determinazioni dell'Esecutivo, con scarso se non nullo intervento giurisdizionale¹²³.

Rientrano in questo novero di misure, volte a combattere la radicalizzazione, sia varie forme di diniego o restrizione dell'accesso a siti a contenuto terroristico, sia – in quanto condividono la stessa matrice di centralità dell'Esecutivo in ambito decisionale – l'utilizzo a fini antiterroristici di misure originariamente volte a contrastare l'immigrazione¹²⁴. L'attenzione di questo paragrafo è posta sul primo novero di misure, ossia quelle volte a rimuovere alcuni siti o inibire l'accesso ai fini di evitare la radicalizzazione *online* di soggetti che potrebbero andare a comporre la “cittadinanza” di quello Stato che lo Stato Islamico lotta per costruire, a prescindere dalle perdite territoriali subite.

Si è già avuto modo di osservare¹²⁵ come misure di questo genere possano essere classificate a seconda del loro “grado di intensità”, che va dal semplice oscuramento alla chiusura del sito incriminato, passando per la rimozione di contenuti specifici. Diversamente dal “primo approccio” (ossia, la risposta alla radicalizzazione basata sul diritto penale), in tale ambito è vitale la cooperazione fra il settore pubblico (c.d. autorità di *law enforcement*) e quello privato (i c.d. giganti della tecnologia, come *Google*, *YouTube*, i *social media*), uniti in una vera e propria *partnership*¹²⁶. Tale

¹²³ B. BOUTIN, *Administrative Measures in Counter-Terrorism and the Protection of Human Rights*, in 27 (1-2) *Security and Human Rights*, 2016, 128 ss.

¹²⁴ V. ad esempio la tecnica delle espulsioni per motivi di sicurezza nazionale, molto utilizzata nel contesto italiano a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. l. 31 luglio 2005, n. 155, G.U. 1.8.2005, n. 177. Sul tema, v. M. SAVINO, *Enemy Aliens in Italy: The Conflation between Terrorism and Immigration*, 3 *Italian Journal of Public Law*, 2011, 224 ss.

¹²⁵ V. § 3.1 della presente Sezione.

¹²⁶ Si veda in questo senso la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 2354(2017), 24.5.2017, S/RES/2354(2017), che richiede «to strengthen public-private partnership in countering terrorist narrative». Tale risoluzione del Consiglio di Sicurezza è relativa all'implementazione del Comprehensive International Framework to Counter Terrorist Narrative. Si tratta di un documento pubblicato il 28 aprile 2017 (consultabile all'indirizzo

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2017/375&referer=http://www.un.org/en/documents/index.html&Lang=E) il quale sottolinea come l'approccio *law enforcement* possa rivelarsi inappropriato nei casi in cui «the line between unlawful and lawful communications can be difficult to discern» e ricorda come i *Madrid Guiding Principles* (un documento elaborato dal Counter-Terrorism Committee Executive Directorate (CTCED) come *follow-up* della Risoluzione 2178(2014), relativa al fenomeno dei *foreign fighters*), stabiliscano che «States, regional organizations, the private sector and civil society should establish effective partnerships, with a view to developing improved methods for monitoring and studying terrorist content transmitted over the Internet and other communications technologies and countering incitement to commit terrorist acts, utilizing it for intelligence work and referring it, where appropriate, to relevant law enforcement

cooperazione può avvenire a livello di mera segnalazione, da parte degli operatori del settore privato verso quelli del settore pubblico, di contenuti potenzialmente pericolosi per la sicurezza in quanto contenenti un messaggio “radicalizzante”, oppure in maniera maggiormente proattiva da parte del privato, che può procedere direttamente alla rimozione¹²⁷. Un ruolo sempre più proattivo da parte dei c.d. giganti della tecnologia pone problematiche derivanti dall’arrogarsi, da parte di un soggetto privato, un potere, consistente nella limitazione della libertà di espressione, che costituisce normalmente prerogativa del soggetto pubblico¹²⁸.

agencies». Si noti che i *Guiding Principles* hanno subito un recente aggiornamento, con l’addenda inserita dal CTCED il 27 dicembre 2018 (tale documento è consultabile all’indirizzo https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2018/12/addenda_madrid_guiding_principles_as_adopted_27_december_2018.pdf), in cui i meccanismi di cooperazione tra pubblico e privato a fini di prevenzione della radicalizzazione su internet sono considerati elemento chiave della strategia antiterrorismo

¹²⁷ A tal proposito, si apre l’importante problema del rapporto tra la rimozione di contenuti terroristici *online* e l’impiego dell’intelligenza artificiale. In linea generale, algoritmi appositamente programmati riescono a rilevare la presenza di messaggi potenzialmente radicalizzanti, provocandone l’automatica rimozione. La mancanza, da parte dell’algoritmo, di una capacità valutativa assimilabile a quella umana rende necessari taluni *caveat*. Alla luce di ciò, è elemento comune di ogni misura antiterroristica che preveda l’utilizzo di mezzi automatizzati la previsione secondo cui la decisione posta in essere dall’algoritmo necessita la revisione umana (v. ad esempio il funzionamento della raccolta dei dati PNR). Nel febbraio 2018, i risultati di studi condotti dall’*Home Office* britannico in collaborazione con ASI Data Science sono stati pubblicati, rilevando la capacità di tecnologie di *machine learning* di rilevare il 94% della propaganda terroristica presente su internet con un’accuratezza pari al 99,995% (si veda <https://www.gov.uk/government/news/new-technology-revealed-to-help-fight-terrorist-content-online>). L’aspetto più controverso di questo studio consiste nell’affermazione secondo cui solo il 50% dei risultati necessiterebbe di una successiva revisione da parte dell’essere umano. Peraltro, lo sviluppo di tali tecnologie altamente raffinate è economicamente sostenibile solo da parte delle aziende tecnologiche di maggiori dimensioni – le quali stanno già agendo in questo senso – mentre quelle più piccole resterebbero molto probabilmente escluse.

¹²⁸ Sono stati portati avanti studi circa una eventuale responsabilità di carattere morale e sociale, in capo al settore privato della tecnologia, consistente nella prevenzione del messaggio terroristico. Tali studi si rifanno al concetto di *corporate social responsibility*, che viene definita, in via generale, come «the economic, legal, ethical and philanthropic expectations placed on businesses by society». A.B. CARROL, *Corporate Social Responsibility Is on a Sustainable Trajectory*, in *5 Journal of Defence Management*, 2015, 1. Nel caso della rimozione dei contenuti terroristici *online*, verrebbe a crearsi una tensione fra il dovere degli intermediari, fra i quali i motori di ricerca e i *social network* rientrano, di diffondere informazione e la responsabilità etica e sociale di evitare la diffusione di contenuti dannosi. Per un’attenta disamina del tema – e una risposta positiva alla domanda circa la necessità di proattività da parte degli intermediari cibernetici – v. R. COHEN-ALMAGOR, *The*

L'ordinamento britannico e quello francese offrono un interessante esempio di implementazione di queste tecniche, anche se calati nella prospettiva dei recenti sviluppi in sede euro-unitaria. Gli aspetti differenziali più importanti fra i due sistemi, a proposito della rimozione dei contenuti terroristici *online*, sono essenzialmente tre. In primo luogo, il Regno Unito, differentemente dalla Francia, ha dato vita ad un corpo di polizia apposito e altamente specializzato¹²⁹. In secondo luogo, i due meccanismi hanno diversa origine: in via di prassi, nel caso britannico, e legislativa, in Francia. Da ultimo, lo schema di *take down* britannico funziona, per il momento, su base unicamente volontaristica da parte dei c.d. giganti del *web*.

Nell'ordinamento britannico, i meccanismi di rimozione per via amministrativa e, si potrebbe dire "informale" deriva da un'eccessiva restrittività delle misure penali sul tema. Si è detto prima¹³⁰ di come il *Terrorism Act 2006* punisca la pubblicazione e la diffusione di materiale che incoraggi, glorifichi o inciti atti di terrorismo. Oltre a prevedere sanzioni penali per chi tenga questo tipo di comportamenti, la stessa normativa inserisce un dovere di rimozione di tali contenuti entro due giorni. Se la persona viene meno a tale dovere, è passibile di ulteriore sanzione penale. Si tratta di un meccanismo di *take down* che viene attuato dalla stessa persona responsabile della diffusione del materiale illegale. Essendo stato tale metodo sottoposto a forti critiche circa la sua eccessiva azione limitante nei confronti della libertà di espressione¹³¹, si è preferito non ricorrere mai a questa fattispecie, ma porre in essere la rimozione di contenuti terroristici grazie a contatti informali tra le autorità pubbliche e gli operatori del *web*¹³². Pertanto, nel 2010 viene creata la *Counter-Terrorism Internet Referral Unit* (CTIRU). Si tratta di un corpo di polizia specializzato nel rilevamento di contenuti in violazione della legislazione antiterrorismo. Una volta rilevata la presenza dei contenuti in parola, la CTIRU li segnala agli operatori di internet affinché questi procedano alla *volontaria* rimozione. Si tratta, dunque, di uno schema che non prevede obblighi giuridici di rimozione, ma è basata su una *partnership* che avviene, per scelta, tra pubblico e

Role of Internet Intermediaries in Tackling Terrorism Online, in 86 *Fordham Law Review*, 2017, 425 ss., spec. 436 ss.

¹²⁹ Dando vita al c.d. modello delle *referral units*, poi adottato anche nell'ambito dell'Unione europea. Per una lettura congiunta di tali meccanismi sia a livello interno britannico, sia nel contesto UE, si veda B. CHANG, *From Internet Referral Units to International Agreements: Censorship of the Internet by the UK and the EU*, 49 *Columbia Human Rights Law Review*, 2018, 114 ss.

¹³⁰ V. *supra*, § 3.1.1 della presente Sezione.

¹³¹ V., *ex multis*, C. WALKER, M. CONWAY, *Online Terrorism and Online Laws*, 8 *Dynamics of Asymmetric Conflict*, 2015, 156 ss.

¹³² B. CHANG, *op. cit.*, 127.

privato¹³³.

Nel contesto francese, invece, le misure assumono un carattere maggiormente invasivo, in quanto si procede al blocco dell'intero sito, asseritamente terroristico, piuttosto che alla rimozione dei singoli contenuti. Tale è la previsione introdotta dal *décret* 2015-125¹³⁴, di implementazione della *loi* 2014-1353¹³⁵. Il blocco del sito può essere ordinato dal Ministro dell'Interno – senza alcun vaglio di carattere giurisdizionale – quando l'*hosting provider* non rimuove il contenuto “pericoloso” entro 24 ore da quando ne viene notificata, da un utente oppure da un'autorità pubblica, la presenza sulla piattaforma¹³⁶.

Per poter procedere al blocco del sito, è doveroso che l'Esecutivo dimostri che il contenuto in questione contenga una provocazione oppure un'espressione di apologia del terrorismo.

Ad ogni modo, nel caso in cui venga adottata la bozza di regolamento dell'Unione europea sulla rimozione dei contenuti terroristici *online*¹³⁷, il c.d. secondo approccio (rimozione/blocco di contenuti potenzialmente pericolosi) dovrà seguire regole maggiormente armonizzate all'interno degli Stati membri dell'Unione europea.

Non è detto, anzi è improbabile, che l'armonizzazione delle legislazioni nazionali

¹³³ Se, in futuro, la proposta di regolamento per la rimozione di contenuti terroristici *online* (v. *supra*, nota 88) verrà adottata, tutti gli Stati membri – ma non più il Regno Unito, a causa della sua imminente uscita – dovranno assicurare la rimozione dei contenuti entro un'ora.

¹³⁴ *Décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique*, J.O.R.F. n°0031 du 6 février 2015, 1811. Su questo decreto, N. CATELAN, *Lutte contre le terrorisme*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2015, 425 ss.

¹³⁵ *Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, J.O.R.F. n°0263 du 14 novembre 2014, 19162. Si tratta di una legge antiterrorismo che è entrata in vigore prima della dichiarazione dell'*état d'urgence*.

¹³⁶ Per gli aspetti procedurali, si veda J. RIORDAN, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 513. V. anche C. GUERRIER, *Security and Privacy in the Digital Era*, London, Wiley, 2016. Si noti, peraltro, che misure simili sono in corso di approvazione in Australia. V. Prime Minister of Australia, Media Release, 25 August 2019, <https://www.pm.gov.au/media/halting-spread-terrorism-and-extreme-violent-content-online>.

¹³⁷ Al momento in cui si scrive (gennaio 2020), la proposta è all'esame in prima lettura da parte del Consiglio. Su questo regolamento e sulle problematiche che esso pone, si veda M. SCHEININ, *The EU Regulation on Terrorist Content: An Emperor Without Clothes*, Verfassungsblog, 30 January 2019, <https://verfassungsblog.de/the-eu-regulation-on-terrorist-content-an-emperor-without-clothes/>; C. BASSU, *Il terrore viaggia sul web. L'Unione europea e la battaglia contro la divulgazione dei contenuti terroristici online*, in *MediaLaws*, 24 October 2018.

grazie ad un regolamento dell'Unione risolverà le questioni problematiche che sono riscontrabili alla base della *partnership* tra pubblico e privato nella rimozione dei contenuti e/o nel blocco di siti terroristici. Tali tematiche possono essere ricondotte ad almeno tre grandi filoni, qui sinteticamente ripercorribili.

In prima battuta, la normativa che va ad imporre la rimozione dei contenuti, anche se si guarda alla bozza euro-unitaria, è piuttosto vaga¹³⁸. Di rimando, molta discrezionalità è lasciata alle *policies* del soggetto privato nel decidere che cosa va rimosso e che cosa no.

In seconda battuta, il privato accentrerebbe in sé buona parte delle potestà rientranti in quei poteri tradizionalmente ascrivibili allo Stato: agirebbe come Legislatore, nel definire i contenuti da rimuovere; come Esecutivo, nel procedere concretamente alla rimozione, peraltro spesso con meccanismi automatizzati; addirittura come Giudiziario, in quanto eventuali ricorsi contro la rimozione di un contenuto potrebbero essere presentati ad organismi, chiaramente di stampo privatistico, rapportabili al privato stesso. A tal proposito, recente è l'annuncio, da parte di Facebook, della creazione di un *Oversight Board*¹³⁹, composto da propri dipendenti. È facile comprendere come, di conseguenza, manchi qualsiasi garanzia di imparzialità e indipendenza che dovrebbe caratterizzare i membri di un organo che ha poteri di natura assimilabile a quella giurisdizionale.

Da ultimo, la crescente automazione delle procedure di rimozione, spesso basate su algoritmi di proprietà delle aziende che agiscono, conduce inevitabilmente allo svilimento di quei principi di trasparenza e *accountability* che dovrebbero

¹³⁸ Costituirebbe contenuto terroristico, ai sensi dell'art. 9 della proposta di Regolamento, ogni atto di:

- (a) istigazione, anche mediante l'apologia del terrorismo, alla commissione di reati di terrorismo, generando in tal modo il pericolo che tali reati siano effettivamente commessi;
- (b) incitamento a contribuire a reati di terrorismo;
- (c) promozione delle attività di un gruppo terroristico, in particolare incoraggiando la partecipazione o il sostegno a un gruppo terroristico ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, della direttiva (UE) 2017/541;
- (d) istruzioni su metodi o tecniche allo scopo di commettere reati di terrorismo.

¹³⁹ Giornalisticamente ci si riferisce ad esso come «Facebook Supreme Court». E. KLEIN, *Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next*, Vox, 2 April 2019. I suoi componenti saranno nominati, seppur indirettamente, da Facebook stesso. Q. WEINZIERL, *Difficult Times Ahead for the Facebook „Supreme Court“*, in *Verfassungsblog*, 21 September 2019, <https://verfassungsblog.de/difficult-times-ahead-for-the-facebook-supreme-court/>.

caratterizzare qualsiasi soggetto che porta avanti azioni potenzialmente limitative dei diritti (nel caso di specie, la libertà di espressione in primo luogo)¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Per alcuni aspetti problematici legati all'uso degli algoritmi in questo settore, K. MCKENDIRCK, *Artificial Intelligence Prediction and Counterterrorism*, Chatham House, Research Paper, 2019.

Osservazioni conclusive

La presente ricerca ha preso in esame, dalla prospettiva del diritto costituzionale e in ottica comparatistica, le principali reazioni delle democrazie avanzate alla minaccia sferzata dal terrorismo internazionale, specie di matrice jihadista.

Dopo aver sviluppato, nei diversi Capitoli, le linee di investigazione enunciate nell'introduzione del lavoro, sembra opportuno provare a dare una risposta, probabilmente non definitiva e comunque ancora soggetta ad approfondimenti, agli interrogativi posti, ossia, principalmente, se le reazioni istituzionali e giuridiche ad un terrorismo di matrice "nuova" e multiforme presuppongano o implicino mutamenti nel concetto di sicurezza e, con esso, di taluni principi di sistema del diritto costituzionale, così come finora conosciuto e sperimentato.

Come si è potuto forse già comprendere e come s'intende qui ribadire, la soluzione del delicato quesito non può essere di carattere assertorio in senso né positivo né negativo, data ancora l'estrema fluidità e l'evidente frastagliamento del contesto, che si è cercato di evidenziare nei vari Capitoli.

Del pari sospesa, ma suscettibile di riflessioni, sembra rimanere la risposta, dipendente dal quesito principale, se, di determinate libertà e diritti individuali, s'imponga una lettura diversa da quella tradizionale.

In estrema sintesi, si ricorda come, nel Capitolo II, si siano verificate le nuove dinamiche fra Legislativo ed Esecutivo, da un lato, e tra Esecutivo e Giudiziario, dall'altro, suscitate dalla necessità e dall'impellenza di prevenire attacchi terroristici, nonché di anatomizzare quelli eventualmente già perpetrati.

In questo quadro, si è potuto osservare come il ruolo dell'Esecutivo (termine all'evidenza del tutto riduttivo, date le circostanze) risulti affatto preponderante in tutti i contesti e secondo diversi schemi, anche laddove non sia prevista una formale attivazione di uno stato di emergenza.

Il Legislativo, per converso, appare sovente marginalizzato, probabilmente nella consapevolezza di essere poco attrezzato a fornire risposte immediatamente efficaci alle inedite sfide del terrorismo internazionale, mentre il Giudiziario non di rado rivela atteggiamenti, se non di vero e proprio *self-restraint*, almeno accomodanti, nei confronti degli "sforamenti" dal quadro costituzionale effettuati dalla normativa (*de facto*) emergenziale.

Si tratta peraltro – e si giunge ad un secondo rilievo – di una sintomatologia rilevabile a prescindere dalla famiglia giuridica di appartenenza degli ordinamenti presi in esame. Si è cercato infatti di mettere in evidenza come, sia pure tramite

strumentazioni ideologiche e giuridiche diverse, tanto gli ordinamenti di *common law* quanto quelli di *civil law* procedano in modo solidale nella strada descritta.

La medesima conclusione sembra potersi adottare anche con riferimento alle diverse forme di governo che caratterizzano le esperienze costituzionali analizzate, non rinvenendosi particolari distanze attitudinali tra ordinamenti ad Esecutivo “forte”, dai quali era, del resto, abbastanza logico attendersi un rafforzamento delle iniziative, e ordinamenti dove è invece al Parlamento che spetta un ruolo centrale.

Del primo tipo sono sicuri esempi i sistemi presidenziali e semi-presidenziali: si pensi paradigmaticamente agli Stati Uniti, ma anche, in buona sostanza, alla Francia; del secondo tipo, il riferimento è in primo luogo all’Italia, mentre il Regno Unito, pur gravitando nella stessa orbita parlamentare, è parso nell’occasione cercare di utilizzare al meglio la coloritura primo-ministeriale del relativo ordinamento.

Sarebbe tuttavia eccessivo, almeno per il momento, affermare che la lotta al terrorismo internazionale abbia portando ad un’omologazione tra regimi costituzionali. Pare però almeno lecito segnalare una qualche convergenza verso un’inedita figura di “Stato democratico di sicurezza”.

Sono rilievi che paiono autorizzati dall’osservazione di una certa scoloritura delle differenze tra le costituzioni che, sia pure in funzione di preventiva garanzia, contengono clausole emergenziali e quelle in cui l’emergenza non è “presa in carico” dalla costituzione. D’altro canto, anche dove l’emergenza è disciplinata dall’articolato costituzionale, sembra preferirsi, per così dire, la via di fatto, giungendosi all’adozione di misure ugualmente repressive, al pari di quanto accade in contesti che non regolano la casistica emergenziale.

Ancora, si presentano in maniera sempre più analoga i rapporti intrattenuti da poteri che operano all’interno di forme di governo diverse. Ad esempio, non si può dire, stando all’analisi presentata, che l’esistenza del circuito fiduciario nelle forme di governo parlamentari abbia portato ad un maggiore controllo, da parte delle Assemblee rappresentative, sugli Esecutivi né sugli organi da essi dipendenti (ad esempio, i servizi di *intelligence*).

Conclusivamente, gli schemi di lettura classici del diritto costituzionale sono esposti al rischio di diventare fuorvianti, perlomeno nello specifico contesto delle politiche – e corrispondenti misure – securitarie.

Se il discorso condotto finora si è svolto in una prospettiva prettamente formale e di principio, relativa ad aspetti “di sistema” del diritto costituzionale e comparato (separazione fra poteri, forme di governo, famiglie giuridiche di appartenenza, scrittura formale delle costituzioni e delle leggi), l’analisi sviluppata nel Capitolo III si è proiettata su un versante più sostanzialistico, prendendo in esame le ripercussioni delle misure antiterrorismo sul rapporto autorità-libertà.

In questo quadro, tuttavia, l'osservazione ha inteso privilegiare le situazioni individuali di vantaggio maggiormente interessate dal progresso tecnologico. E ciò partendo dalla constatazione che, se le innovazioni tecnologiche si sono presentate certamente come vantaggiose per l'esercizio e lo sviluppo di determinati diritti individuali e collettivi, hanno del pari rivelato potenzialità rischiose per quegli stessi diritti. Si pensi alla possibilità, offerta agli stessi poteri pubblici, di incrociare i metadati, o di profilare i soggetti a seconda delle inclinazioni manifestate sulla Rete. Sotto diverso profilo, è indubbio che la medesima tecnologia sia a disposizione delle organizzazioni terroristiche, dimostratesi, infatti, capaci di ricorrervi con abilità e disinvoltura, anche in termini di reclutamento e radicalizzazione di nuovi soggetti.

Ma anche il ruolo sempre più intrusivo degli attori privati in molti meccanismi di prevenzione e repressione del fenomeno terroristico che implicano l'impiego della tecnologia – si pensi, solo a titolo di esempio, a *providers* di servizi di comunicazione, che possono, e in alcuni casi devono, intervenire ai fini della rimozione di un contenuto terroristico – è stato oggetto di analisi.

Di qui la messa in crisi di un altro schema tradizionale, descritto nel Capitolo I, che vede la libertà come la “regola” e la sua limitazione come l’“eccezione”, il quale inizia visibilmente ad incrinarsi.

Non solo: il diritto costituzionale classico è solito intendere il rapporto fra autorità e libertà come una relazione di matrice pubblicistica, essendo dato praticamente per scontato che l’“autorità” sia quella pubblica, la cui azione esprime la sovranità statale. Questa affermazione non sembra più così vera in tempi di terrorismo internazionale, in quanto alla limitazione della libertà può ben procedere un privato, che dispone dei mezzi e della tecnica per agire appropriatamente e al quale lo Stato sembra “cedere” parte della propria sovranità (oppure si può parlare, secondo una lettura parzialmente diversa, di una sorta di “condivisione” di potestà pubbliche tra autorità e privati).

Se si condividono le precedenti riflessioni, non dovrebbe sorprendere l'esitazione a mantenere intatto il paradigma tradizionale della sicurezza, che si è cercato di ricostruire nel Capitolo I.

L'ipotesi della modifica del concetto di sicurezza, che s'intende qui sostenere, dipende, dunque, soprattutto dal fatto che la sicurezza *di oggi* si rapporta con lo scenario completamente nuovo poc'anzi riassunto ed analizzato nei vari luoghi della presente ricerca.

In altre parole, la sicurezza *post-2001* è una sicurezza “nuova” perché si muove in un mondo che è esso stesso “nuovo”, dove le categorie giuridiche – nello specifico, costituzionalistiche – classiche vengono ad essere perlomeno poste sotto *stress*, se non, a tratti, del tutto estromesse.

Senza qui voler ritornare sui dettagli indagati nella parte analitica di questa ricerca, un cenno conclusivo va tuttavia riservato anche al versante delle libertà.

Dopo aver rilevato la “novità” del concetto di sicurezza nell’era del terrorismo internazionale, è infatti opportuno richiamare l’altro importante interrogativo affrontato dalla ricerca, concernente l’eventuale riconfigurazione subita dai diritti individuali.

Assodata l’opinione tradizionale, che tendeva a leggere la sicurezza come un interesse pubblico diffuso, eccezionalmente limitativo dei diritti, si deve rilevare come la questione si sia di molto modificata, particolarmente dopo gli attentati alle Torri Gemelle (se n’è ragionato nel Capitolo I, dando conto dei diversi approcci degli studiosi in materia).

L’idea che si intende proporre in questo lavoro, e che si ritiene essere suffragata dall’analisi condotta, è che, accanto alla sicurezza i cui “destinatari” sono lo Stato o la collettività tutta, ha preso concrete sembianze una sicurezza “al singolare”, riguardante la singola persona umana ed il suo contesto fisico e relazionale.

Questa interpretazione dell’idea di sicurezza, più ampia ed inclusiva sia dell’idea di incolumità fisica sia di quella di garanzia dei diritti, permetterebbe di lasciare sullo sfondo i pur elaborati e lodevoli tentativi di costruzione “piramidale” degli interessi in gioco.

In questo senso, non occorrerebbe più chiedersi se debba prevalere la sicurezza o la libertà, e si potrebbe procedere, invece, alla “calibrazione” della “misura” in cui entrambi gli estremi devono essere considerati, se si vuole garantire al singolo il migliore godimento dei suoi diritti, stanti le circostanze storiche e politiche contingenti. In questo modo, si lega in maniera inscindibile il concetto di sicurezza a quello di dignità dell’uomo e si trova la chiave di lettura del bilanciamento – *rectius*, contemperamento – in quel punto di equilibrio che permette al singolo di essere tanto sicuro e tanto libero quanto risulta essenziale per preservare la sua dignità.

Del pari, rinunciando ad elaborare soluzioni di carattere generale – incluse quelle secondo cui si potrebbero garantire i diritti *sic et simpliciter*, senza particolari limitazioni, in un contesto caratterizzato da minacce così potenti e multiformi – sembra consigliabile procedere, caso per caso e come se si trattasse di un’alchimia, a rilevare il “grado” di sicurezza concretamente necessitato e il “grado” di libertà che può essere ancora garantito.

Sembra che in questo modo non si metta a repentaglio, ma anzi si evidenzi ancor più il “nucleo duro” dei diversi diritti e libertà, ossia quel *minimum* che non può non essere riconosciuto e tutelato se si intende – come qualsiasi ordinamento democratico è tenuto a fare – assicurare che all’individuo resti quell’inalienabile e indisponibile dignità che lo caratterizza come essere umano e che non può essere sottoposta ad alcuna *deminutio*.

Del resto, tanto nella casistica esaminata nel Capitolo II quanto in quella fatta oggetto del Capitolo III, si è rilevato come gli “eccessi” della visione securitaria siano stati chiaramente percepiti come tali dalle corti, dalla dottrina e dalla stessa opinione pubblica specie in relazione all’applicazione di determinate misure a casi concreti e specifici. Meno frequenti, invece, sono state le situazioni in cui la censura è provenuta da un giudizio preventivo di costituzionalità, probabilmente a causa del prevalere della visione d’insieme e dal peso esercitato dal fattore politico-istituzionale.

Da ultimo, preme rimarcare che il presente lavoro si è caratterizzato per un andamento prettamente casistico, secondo la metodologia enunciata in introduzione. L’approccio ha rivelato la sua grande utilità per il perseguimento degli obiettivi di ricerca, ma potrebbe risultare proficuo a chi si trovasse, nelle vesti di *policy-maker* o di *decision-maker*, a dover riflettere sull’adozione o sull’applicazione di misure antiterrorismo relative ad uno specifico contesto ordinamentale. Infatti, i *case-studies* presi in esame hanno consentito di registrare, in rapporto a ciascun ordinamento considerato, i punti di maggiore forza e di maggiore debolezza, così come di valutare il rendimento delle misure studiate. Sicché, nonostante l’apparente frammentarietà della casistica, essa può essere agevolmente ricondotta ad unità, con lo scopo di enucleare delle *best practices* concrete che guidino azioni successive.

BIBLIOGRAFIA

- Abelj M., Fontanelli F., Martinico G. (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, London-New York, Routledge, 2014
- Abrahams A., *Al Qaeda Scorecard: A Progress Report on Al Qaeda's Objective*, in *29 Studies in Conflict & Terrorism*, 2006, 509-529
- Ackerman B., *The Emergency Constitution*, in *113 Yale Law Journal*, 2004, 1029-1091
- Agamben G., *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003
- Alati D., *Domestic Counter-Terrorism in a Global World: Post-9/11 Institutional Structures and Cultures in Canada and the United Kingdom*, London-New York, Routledge, 2018
- Albert R., *Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019
- Alemanno A. et al. (eds.), *Better regulation in a risk society*, New York, Springer, 2013
- Almqvist J., *A human rights critique of European judicial review: counter-terrorism sanctions*, in *57 International and Comparative Law Quarterly*, 2/2008, 303-331
- Amorosi M.A., *Terrorismo, diritto alla sicurezza e diritti di libertà: una riflessione intorno al decreto legge n. 7 del 2015*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 27-54
- Anastaplo G., *Reflections on Freedom of Speech and the First Amendment*, Lexington, The University Press of Kentucky, 2007
- Anderson D., *Shielding the Compass: How to Fight Terrorism Without Defeating the Law*, in *European Human Rights Law Review*, 3/2013, 233-246
- Anzon A., *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1976, 1785-1802
- Assan N.A., Hijazi R., *Open Source Intelligence Methods and Tools*, New York, Springer, 2018
- Avbelj M., Fontanelli F., Martinico G. (eds.), *Kadi on Trial: a multifaceted analysis of the Kadi Trial*, New York, Routledge, 2014

Arden D.M., *Human Rights and European Law: Building New Legal Orders*, Oxford, Oxford University Press, 2015

Bannelier K., *Cyber-attacks prevention-reactions: the role of States and private actors*, in *Les Cahiers de la revue Défense Nationale*, 2017, 1-86

Baldassarre A., *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, Bunzoni, 1974

Balibar È., *Le droit de cité*, Paris, Puf, 2002

Balkin J.M., Levinson S., *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, 75 *Fordham Law Review* 2006, 489-535

Barak A., *La court supreme d'Israel et le terrorisme*, in *Les annonces de la Seine, supplément*, 86 année, 45/2005, 1-5

Barak-Erez D., *Terrorism Law Between the Executive and Legislative Models*, in 57 *The American Journal of Comparative Law*, 877-896

Barberis M., *Libertà*, Bologna, il Mulino, 1999

Barberis M., *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, il Mulino, 2016

Barberis M., *Idola securitatis. Una postilla a La violenza e il sacro*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2017, 1-7

Barile P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974

Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984

Barile P., *Democrazia e segretezza*, in *Quad. cost.*, 1/1987, 37-56

Barendt E., *Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2007

Barendt E., *Religious Hatred Laws: Protecting Groups of Belief?*, in 17 *Res Publica*, 2011, 41-53

Barnett M., *American Exceptionalism and the Construction of the War on Terrorism*, INSCT Working Paper Series, 2016

- Bartole S., *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II,2, Milano, Giuffrè, 2008, 1132
- Bassu C., *Il ruolo del Congresso degli Stati Uniti nella lotta al terrorismo*, in *Rassegna Parlamentare*, 1/2006, 227-240
- Bassu C., *Terrorismo e costituzionalismo: percorsi comparati*, Torino, Giappichelli, 2010
- Bassu C., *Il terrore viaggia sul web. L'Unione europea e la battaglia contro la divulgazione dei contenuti terroristici online*, in *MediaLaws*, 24 October 2018
- Bates E., *A "Public Emergency Threatening the Life of the Nation"? The United Kingdom's Derogation from the European Convention on Human Rights of 18 December 2001 and the "A" Case*, in *76 British Yearbook of International Law*, 245-335
- Battaglia F., *Le Carte dei diritti*, Sansoni, Firenze, 1934
- Bauman Z., *La solitudine del cittadino globale* (1999), trad. it., Milano, Feltrinelli, 2000
- Belavusau U., *A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech*, in *16 European Public Law*, 2010, 373-389
- Bellazzi M., *I "Patriot Acts" e la limitazione dei diritti costituzionali negli Stati Uniti*, in *Politica del diritto*, 4/2003, 681
- Bernal del Castillo J., *El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, n.º 16 (2016), 13-44
- Bhagwat A., *Posner, Blackstone and Prior Restraints on Speech*, in *5 BYU Law Review* 2015, 1151-1182
- Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001
- Bigo D., Bonelli L., Guittet E.-P., Ragazzi F., *Preventing and Countering Youth Radicalisation in the EU*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament PE 509.977
- Biscaretti di Ruffia P., *Habeas corpus*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, 941-950

- Biscaretti di Ruffia P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le forme di stato e le forme di governo, le costituzioni moderne*, Milano, Giuffrè, 1970
- Blackbourne J., Walker C., *Interdiction and Indoctrination: The Counter-Terrorism and Security Act 2015*, in 79 *Modern Law Review*, 2016, 840
- Blackstone W., *4 Commentaries on the Laws of England*, 16th ed., London, 1825
- Blasi Casagran C., *Global Data Protection in the Field of Law Enforcement. An EU Perspective*, New York-London, Routledge, 2017
- Bobbio N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995
- Bognetti G., *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà di espressione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, 195-205
- Bognetti G., *Europa in crisi: due studi su alcuni aspetti della fine della III Repubblica francese e della Repubblica di Weimar*, Milano, Giuffrè, 1991
- Bognetti G., *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2^a ed., 2001
- Bonetti P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, il Mulino, 2006
- Bonetti P., *Il caso “Abu Omar” a Strasburgo: l’obbligo di punire le “extraordinary renditions”*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2016, 390-393
- Bonner D., *Checking the Executive? Detention Without Trial, Control Orders, Due Process and Human Rights*, in 12 *European Public Law*, 1/2006, 45-71
- Bonner D., *Counter-terrorism and European human rights since 9/11: the United Kingdom experience*, in *European Public Law*, 1/2013, 97-128
- Boon K.E., Huq A., Lovelace D.C. (eds.), *U.S. Approaches to Global Security Changes*, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Böse M. et al. (eds.), *Justice without borders: essays in honour of Wolfgang Schomburg*, Leiden-Boston, Brill, 2018
- Bourdon W., *Les dérives de l’état d’urgence*, Paris, Plon, 2017
- Bourgon F., *The impact of terrorism on the principle of ‘non-refoulement’ of refugees: the Suresh case before the Supreme Court of Canada*, in 1 *Journal of International Criminal Justice*, 2003, 169-185

- Boutin B., *Administrative Measures in Counter-Terrorism and the Protection of Human Rights*, in 27 (1-2) *Security and Human Rights*, 2016, 128-147
- Boyne S.M., *Data Protection in the United States*, in 66 *American Journal of Comparative Law*, 2018, 299-343
- Bradley C.A., *The Military Commissions Act, Habeas Corpus, and the Geneva Conventions*, in 101 *American Journal of International Law*, 2007, 322
- Brkan M., *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, in 14 *European Constitutional Law Review*, 2018, 334-368
- Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana* (continuato da A. Pizzorusso), Bologna, Zanichelli, 2006
- Buyse A., *Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech*, in 63 *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 491-503
- Calabresi S.G., Silverman B.G., Braver J., *The U.S. Constitution and Comparative Constitutional Law*, Washington, Foundation Press, 2016
- Cameron I. (ed.), *EU sanctions: law and policy issues concerning restrictive measures*, Cambridge, Intersentia, 2013
- Cameron I., *Balancing Data Protection and Law Enforcement Needs: Tele2 Sverige and Watson*, 54 *Common Market Law Review*, 2017, 1467-1496
- Campanini M., *Il concetto ambiguo di "Stato islamico"*, in *Storia del pensiero politico*, 2014, 372 ss.
- Canes-Wrone B., Dorf M.C., *Measuring the Chilling Effect*, in 90 *New York University Law Review*, 2015, 1095-1113
- Cappelletti M., *Ragionando (ancora) sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione "flessibile"*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 1/2016
- Caravale G., *Il bicameralismo britannico nel duemila*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2000, 545
- Carducci M., *Costituzione di Weimar*, Macerata, Liberilibri, 2008

- Carey P.W., *Data Protection – A Practical Guide to UK and EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- Carne D., *Detaining Questions or Compromising Constitutionality: The ASIO Legislation Amendment (Terrorism) Act 2003 (CTH)*, in 27 *University of South Wales Law Journal*, 2004, 524-578
- Carpanelli E., Lazzerini N., *PNR: Passenger Name Record, Problems Not Resolved? The EU PNR Conundrum After Opinion 1/15 of the CJEU*, in 42 *Air & Space Law*, 2017, 377-402
- Carrol A.B., *Corporate Social Responsibility Is on a Sustainable Trajectory*, 5(2) *Journal of Defence Management*, 2015, 1-4
- Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G.F. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2019
- Casadevall J. et al. (eds.), *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Strasbourg, Council of Europe, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2012
- Casadevall J. et al. (eds.), *Essays in honour of Dean Spielmann: liber amicorum Dean Spielmann*, Oisterwijk, Wolf Legal Publisher, 2015
- Casiello C., *La strategia di contrasto ai “foreign terrorist fighters” e la revoca della cittadinanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2017, 341-380
- Catanzariti M., *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2014
- Catelan N., *Lutte contre le terrorisme*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2015, 425-450
- Cavino M., Losano M.G., Tripodina C. (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2009
- Ceri P., *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Bari, Laterza, 2003
- Cherchi B., *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, 1108-1138
- Chang B., *From Internet Referral Units to International Agreements: Censorship of the Internet by the UK and the EU*, 49 *Columbia Human Rights Law Review*, 2018, 114-212
- Charter D.A. (ed.), *The Deadly Sin of Terrorism*, Westport, Greenwood, 1994

- Chaskalson A., *The widening gyre: counter-terrorism, human rights and the rule of law*, 67 *The Cambridge Law Journal*, 1/2008, 69-91
- Chehani Ekaratne S., *Redundant Restriction: The U.K.'s Offence of Glorifying Terrorism*, in 23 *Harvard Human Rights Journal*, 205-221
- Cicu A., Messineo F., Mengoni L. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011
- Clementi F. et al. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, il Mulino, 2018
- Cloots E., *The Legal Limits of Citizenship Deprivation as a Counterterror Strategy*, in 23 *European Public Law*, 2017, 57-92
- Cinquegrana A.R., *The Walls (and Wires) Have Ears: The Background and First Ten Years of the Foreign Intelligence Surveillance Act 1978*, in 137 *University of Pennsylvania Law Review* 1989, 793-828
- Cocco G. (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Atti del Convegno svolto all'Università Milano-Bicocca il 4 giugno 2009, Milano 2012
- Cohen-Almagor R., *The Role of Internet Intermediaries in Tackling Terrorism Online*, in 86 *Fordham Law Review*, 2017, 425-459
- Cole D., *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, Georgetown University Law Center, 2003 Research Paper Series in Public Law and Legal Theory, Research Paper No. 383660
- Cole D., Fabbrini F., *Bridging the transatlantic divide?: The United States, the European Union, and the protection of privacy across borders*, in 14 *International Journal of Constitutional Law* 1/2016, 220-237
- Cole D., Fabbrini F., Schulhofer S. (eds.), *Surveillance, Privacy and Trans-Atlantic Relations*, Oxford, Hart Publishing, 2017
- Cole D., Fabbrini F., Vidaschi A. (eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013
- Comanducci P., Guastini R. (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 2004
- Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une V^e République plus démocratique*, Paris, Fayard, 2007

- Constant B., *Course de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin, 1872
- Constant B., *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Roma, Editori Riuniti, 2010
- Cordini G., *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, Cedam, 1998
- Cortese B., *La protezione dei dati a carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2/2013, 313-335
- Costa E., *The Way to Luxembourg: National Courts Decisions on the Compatibility of the Data Retention Directive with the Rights to Privacy and to Data Protection*, ScriptED, 2013
- Costanzo P., *Stampa (libertà di)*, in *Digesto Quarte Edizione (Discipline pubblicistiche)*, XIV, Torino, Utet, 1999, 525-549
- Costanzo P., Mordegli S., Trucco L. (a cura di), *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, Milano, Giuffrè, 2008
- Costanzo P., *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009
- Costanzo P., *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, relazione al Convegno di Salerno 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in *Rassegna parlamentare*, 2012, 811-853
- Cotter C.P., *Constitutionalizing Emergency Powers: The British Experience*, in 5 *Stanford Law Review*, 1953, 382-417
- Council of Europe, *Armed Forces and Security Services: What Democratic Controls?*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009
- Cram I., *Beyond Lockean Majoritarianism? Emergency, Institutional Failure and the UK Constitution*, in 10 *Human Rights Law Review*, 3/2010, 461-485
- Curreri S., *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it*, 22/2018
- Dal Canto F., Consorti P., Panizza S., *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, Pisa University Press, 2016

Dal Santo E., *How the war on terrorism affected migration policies in Europe in the Aftermath of 9/11: EU reaction in comparison with Italian response*, in *Pace diritti umani*, vol. 9, 3/2012, 75-94

Dana W.F., *The Declaration of Independence*, in 13 *Harvard Law Review*, 1900, 319

Daniels R., Macklem P., Roach K., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press 2001

Davis F.F., (ed.), *Critical debates on counter-terrorism judicial review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014

Davis J., *Uncloaking Secrecy: International Human Rights Law in Terrorism Cases*, in 38 *Human Rights Quarterly*, 1/2016, 58-84

De Búrqa G., *After the EU Charter of fundamental rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, 168-184

de David-Beauregard-Berthier O., Taleb-Karlsson A. (coord.), *Protection des données personnelles et sécurité nationale*, Bruxelles, Bruylant, 2017

della Cananea G., *Global Security and Procedural Due Process of Law between the United Nations and the European Union: Yassin Abdullah Kadi & (and) Al Barakaat International Foundation v. Council*, in 15 *Columbia Journal of European Law*, 1008, 511-530

Del Vescovo D., *Il principio della effettività della tutela giurisdizionale: alla ricerca del difficile equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Nomos*, 1/2018, 1-33

Delmas-Marty M., *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Editions du Seuil, 2010

De Londras F., *Controlling the executive in times of terrorism: competing perspectives on effective oversight mechanisms*, in 30 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1/2010, 19-47

Demirsu I., *Counter-Terrorism and the Prospects of Human Rights: Securitizing Differences and Dissent*, Cham, Palgrave-MacMillan, 2017

De Minico G., *Le libertà fondamentali in tempi di ordinario terrorismo*, in *Federalismi.it*, 10/2015

- Dennis R., *National Security and Fundamental Rights: The Redundancy or Illegitimacy of judicial deference*, in *UCL Human Rights Review*, 2/2009, 70-99
- Desaulnay O., Ollard R., *Le renseignement français n'est plus hors-la-loi. Commentaire de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, in *Droit Pénal*, 9/2015, étude 17
- Desierto D.A. (ed.), *Necessity and national emergency clauses: sovereignty in modern treaty interpretation*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2012, 237-281
- Determann L., *Adequacy of data protection in the USA: myths and facts*, in 3 *International Data Privacy Law*, 2016, 244-250
- de Montesquieu C., *L'esprit des lois*, 1748, Paris, Firmin-Didot, 1851
- de Vergottini G., *Costituzione della difesa e stati di crisi*, Roma, Rivista Militare, 1991
- de Vergottini G., *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza*, Relazione al convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2003
- de Vergottini G., *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide della democrazia*, Bologna, il Mulino, 2004
- de Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010
- de Vergottini G., *Terrorismo internazionale e sfide alla democrazia*, in *Lo Stato*, 8/2017, 11-36
- de Vergottini G., *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e dell'emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 4/2019
- De Vries S., Bernitz U., Weatherill S. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument – Five Years Old and Growing*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015
- Diani M., McAdam D. (eds.), *Social movements and networks: Relational approaches to collective action*, Oxford, Oxford University Press, 2013
- Dicey A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, London, McMillan, 1939
- Di Giovine A. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005

- Di Martino A., *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2017
- Dinh V.D., *USA Patriot Act*, in 5 *German Law Journal* 2004, 461-467
- Di Vico P., *Il delitto di apologia*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1936
- Dockesey C., *Four Fundamental Rights: Striking the Balance*, in 6 *International Data Privacy Law*, 3/2016, 195-209
- Dorsen N., Rosenfeld M., Sajó A., Baer S., *Comparative Constitutionalism*, St. Paul, Reuters, 2010
- D'Orsi A., (a cura di), *Guerre globali. Capire i conflitti del XXI secolo*, Roma, Carocci, 2003
- Duhamel O., *Terrorism and Constitutional Amendment in France*, 12 *European Constitutional Law Review*, 2016, 1-5
- Dubuisson F., *La Cour européenne des droits de l'homme et la surveillance de masse*, in 27 *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 2016, 855-866
- Duker W.F., *A Constitutional History of Habeas Corpus*, Westport, Praeger, 1980
- Early L., *The right to life under Article 2 of the European Convention on Human Rights: twenty years of development since McCann v. the United Kingdom: in honour of Michael O'Boyle*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2016
- Eckeland T., *Suspending Habeas Corpus: Article I, Section 9, Clause 2, of the United States Constitution and the War on Terror*, in 74 *Fordham Law Review*, 2005, 1475-1519
- Emerson T., *Towards a General Theory of the First Amendment*, in 72 *Yale Law Journal*, 1963, 877-956
- Esposito C., *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European Data Protection Law*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2018
- Eurojust, *Terrorism Convictions Monitor*, 2017
(<http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust->

framework/TCMs/TCM%20Issue%2028%20-%20May%202017/2017-05_TCM-28_EN.pdf)

Evans P. (ed.), *Essays on the History of Parliamentary Procedure: In Honour of Thomas Erskine May*, Oxford, Hart Publishing, 2017

Fabbrini F., *The European Court of Human Rights, extraordinary renditions and the right to the truth: ensuring accountability for gross human rights violations committed in the fight against terrorism*, in 14 *Human Rights Law Review*, 1/2014, 85-106

Fabbrini F., *Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and Its Lessons for Privacy and Surveillance in the United States*, in 28 *Harvard Human Rights Journal*, 2015, 65-95

Fabbrini F., Jackson V., *Constitutionalism Across Border in the Struggle Against Terrorism*, Cheltenham-Northampton, Elgar Publishing, 2015

Fanchiotti V., *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e effetti collaterali*, in *Questione giustizia*, 2004, 283-297

Fenucci T., *Sicurezza e diritti fondamentali nel Regno Unito*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, 1-39

Fenwick H., *The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September?*, 65 *Modern Law Review*, 2002, 724-762

Fenwick H., *Recalibrating ECHR rights, and the role of the Human Rights Act post 9/11: reasserting international human rights norms in the "war on terror"?*, in 63 *Current Legal Problems*, 2010, 153-234

Fenwick H., *The Human Rights Act of a British Bill of Rights: creating a down-grading recalibration of rights against the counter-terror backdrop?*, in *Public Law*, 3/2012, 468-490

Fenwick H., *Redefining the role of TPIMs in combatting "home-grown" terrorism within the widening counter-terror framework*, in *European Human Rights Law Review*, 1/2015, 41-56

Fenwick H., *Responding to the ISIS Threat: Extending Coercive Non-Trial Based Measures in the Counter-Terrorism and Security Act 2015*, in 30 *International Review of Law, Computer and Technology*, 2016, 174-190

- Fenwick H., *Terrorism threats and temporary exclusion orders: counter-terrorism rhetoric of reality?*, in *European Human Rights Law Review*, 3/2017, 247-271
- Féral-Schul C., *Droits fondamentaux et lutte contre la cybercriminalité et le cyberterrorisme*, in *L'observateur de Bruxelles*, 2016, 19-23
- Ferejohn J., Pasquino P., *The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers*, 2 *International Journal of Constitutional Law*, 2/2004, 210-239
- Ferrari G.F., *La Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 125 ss.
- Ferrari G.F. (a cura di), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, Egea, 2008
- Ferrari G.F. (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, Giappichelli, 2012
- Fiodorova A., *Information Exchange and EU Law Enforcement*, London-New York, Routledge, 2018
- Flynn E.J., *The Security Council's Counter-terrorism Committee and human rights*, in 7 *Human Rights Law Review*, 2/2007, 371-384
- Foerstel H.N., *The Patriot Act. A Documentary and Reference Guide*, Westport, Greenwood Press
- Forni L., Vettor T. (a cura di), *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Torino, Giappichelli, 2017
- Freilich J.D., *Immigration, security and civil liberties post 9/11: a comparison of American, Australian and Canadian legislative and policy changes*, in Freilich J.D., Guerette R.T. (eds.), *Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism*, Burlington, Ashgate, 2006, 49-69
- Frosini T.E., *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006
- Frosini T.E., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008
- Frosini T.E. et al. (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Le Monnier Università, 2017

Galani S. (ed.), *Case and comment: selected decisions from the European Court of Human Rights from September and October 2017*, in *European Human Rights Law Review*, 1/2018, 76-98

Galli F., *The law on terrorism: the UK, France and Italy compared*, Bruxelles, Bruylant, 2015

Galli F., *Digital Rights Ireland as an Opportunity to Foster a Desirable Approximation of Data Retention Provisions*, in *23 Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 460-477

Garaci I., *Lo statuto giuridico dei "nuovi beni" immateriali: fra proprietà privata e beni comuni. Riflessioni su recenti interventi giurisprudenziali e normativi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2015, 434-467

Gearty C., *Rethinking Civil Liberties in a Counter-terrorism World*, in *2 European Human Rights Law Review*, 2/2007, 111-119

Geiringer C., Higbee P., McLeay E.M., *What's the Hurry? Urgency in the New Zealand Legislative Process 1987-2010*, Wellington, Victoria University Press, 2011

Geisser V., *Déchoir de la nationalité des djihadistes "100 % made in France": qui cherche-t-on à punir?*, in *Migrations Sociétés*, 5/2016, 3-16

Gelber K., *Free Speech after 9/11*, Oxford, Oxford University Press, 2016

Gellert R., Gutwirth S., *The legal construction of privacy and data protection*, in *29 Computer Law & Security Review*, 2013, 522-530

Gicquel, J.-E., *Le droit de l'antiterrorisme: un droit aux confins du droit administratif et du droit pénal*, in *91 La Semaine juridique: édition Générale*, 2 oct. 2017, 1775-1780

Giupponi T.F., *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Bonomo, 2008

Giupponi T.F., *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono - Vol. IV*, Torino, Giappichelli, 2010

Goitein E., *Another Bite out of Katz: Foreign Intelligence Surveillance and the Incidental Overhear Doctrine*, in *55 American Criminal Law Review* 105-125, 2017

Goold B., Lazarus L. (eds.), *Security and Human Rights*, 2nd ed., Oxford, Hart Publishing, forthcoming

Gordon J., *John Stuart Mill and the “Marketplace of Ideas”*, in 23 *Social Theory and Practice*, 1997, 235-249

Gozzi M.-H., *L'état d'urgence, une “nouvelle norme”?*, in 192 *Recueil Dalloz*, 35/2016, 2122

Grange M., *Gel des avoirs des individus menaçant la sécurité internationale: la Cour européenne des droits de l'homme remet en cause l'exécution d'une décision du Conseil de sécurité: Cour européenne des droits de l'homme (gde ch.), 21 juin 2016*, in 192 *Recueil Dalloz*, 6 oct. 2016, 1985-1988

Gray D., *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017

Gray D., Henderson S. (eds.), *Cambridge Handbook on Surveillance Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017

Graziani C., *La sicurezza nell'era Macron: la regola confermerà l'eccezione?*, in *DPCE online*, 2/2017, 805-810

Graziani C., *Gli USA e la sorveglianza sugli stranieri nel post-9/11: riflessioni a margine del rinnovo della sez. 702 FISA*, in *DPCE online*, 2/2018, 601-608

Graziani C., *La Corte EDU sulla libertà di espressione in Turchia: tra stato di emergenza ed effettività delle pronunce giurisdizionali*, in *DPCE online*, 3/2018, 783-791

Greenwald G., *No Place to Hide: Edward Snowden, N.S.A. and the U.S. Surveillance State*, New York, Metropolitan Books

Groppi T., *Dopo l'11 settembre: la “via canadese” per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quad. Cost.*, 2005, 573-604

Groppi T. (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006

Groppi T., *Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritti e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017

Gross O., Ní Aoláin F., *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in 23 *Human Rights Quarterly*, 2001, 625-649

Grote R., Wolfrum R., Lachenmann F. (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017

Guella F., *Data retention e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali*, in *DPCE online*, 2/2017, 349-357

Guerrier C., *Security and Privacy in the Digital Era*, London, Wiley, 2016

Guild E., Bigo D., Gibney M. (eds.), *Extraordinary Renditions. Addressing the Challenges of Accountability*, New York-London, Routledge, 2018

Guilford K.B., *Countering Foreign Terrorist Fighters: Warrantless Surveillance Powers of the New Zealand Security Intelligence Service*, in 47 *Victoria University of Wellington Law Review*, 2016, 95-122

Guiora A.N., *Freedom from religion: rights and national security*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009

Gutwirth S., Pouillet Y., De Hert P., de Terwangne C., Nouwt S. (eds.), *Reinventing Data Protection*, Cham, Springer, 2009

Hanette Vauchez S., *La France sous l'état d'urgence (14 novembre 2015-1er novembre 2017)*, in 29 *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*

Hanlon L., *UK Anti-terrorism Legislation: Still Disproportionate?*, in 11 *International Journal of Human Rights*, 4/2007, 2018, 347-363

Hare I. (ed.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009

Hassan O., *American democracy, promotion and Obama*, 15 *The International Journal of Human Rights*, 4/2011, 509-646

Hedigan J., *The European Convention on Human Rights and counter-terrorism*, in 28 *Fordham International Law Journal*, 2/2005, 392-431

Hegel G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1820, a cura di E. Gans, Roma, Laterza, 1979

Hijmans H., Scirocco A., *Shortcomings in EU Data Protection in the Third and Second Pillars. Can the Lisbon Treaty Be Expected to Help?*, in 46 *Common Market Law Review*, 1485-1525

Hiranandani V., *Privacy and security in the digital age: contemporary challenges and future directions*, in 15 *The International Journal of Human Rights*, 7/2011, 1091-1106

- Hobbes T., *Elementi filosofici sul cittadino* (1642), trad. it., Milano, Tea, 1994
- Hu M., *Taxonomy of the Snowden Disclosures*, 72 *Washington and Lee Law Review* 2015, 1679-1767
- Iacobucci F., *Canada's Responses to Terrorism*, in 15 *Review of Constitutional Studies*, 2011, 187-200
- Illuminati G. (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Giappichelli, Torino, 2010
- Ip J., *The Making of New Zealand's Foreign Fighter Legislation: Timely Response or Undue Haste?*, in 27 *Public Law Review*, 181-197
- Jenkins D., *There and Back Again: The Strange Journey of Special Advocates and Comparative Law Methodology*, in 42 *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 279-355
- Jenkins D., *The Long Decade: How 9/11 Changed the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014
- Jimeno-Bulnes M., *After September 11th: The Fight Against Terrorism in National and European Law. Substantive and Procedural Rules: Some Examples*, 10 *European Law Journal*, 2004, 235-253
- Johnson L.K., *Spy Watching. Intelligence Accountability in the United States*, Oxford, Oxford University Press, 2018
- Joint Committee of Human Rights, *Counter-Terrorism Policy and Human Rights: Terrorism Bill and Related Matters*, Third Report of Session 2005-06, H.L. 75-I, H.C. 561-I
- Jorgensen R., Slavensky K., *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjaerum*, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007, 433-450
- Journès C., *Chronique de police et de sécurité*, in *Revue de science criminelle et droit penal comparé*, 4/2015, 961-969
- Kempees P., *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2017

Kerr J., *Deprivation of citizenship, the Immigration Act 2014 and discrimination against naturalized citizens*, 32 *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2018, 103-127

Kierkegaard S., *US war on terror EU SWIFT(ly) signs blank cheque on EU data*, in 27 *Computer Law & Security Review*, 2011, 451-464

Korff D., *The rule of law on the Internet and in the wider digital world: issue paper*, Strasbourg, Council of Europe, 2014

Korff D., *La prééminence du droit sur l'internet et dans le monde numérique en général: document thématique: résumé et recommandations*, Strasbourg, Council of Europe Press, 2014

Kornblum A.N., Jachnycky L.M., *America's Secret Courts – Listening in on Espionage and Terrorism*, in 24 *Judge's Journal* 1985, 14-19

Kostoris R.E., R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006

Kostoris R.E. et al., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, Torino, Giappichelli, 2016

Kourotakis A., Ranchordás S., *Snoozing Democracy: Sunset Clauses, De-Juridification, and Emergencies*, in 25 *Minnesota Journal of International Law*, 2016, 29-78

Kouroutakis A., *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An Historical and Normative Analysis*, New York, Routledge, 2017

Kowalik-Bańczyk K., *Les aspects transfrontaliers des infractions à la vie privée par la surveillance de masse de la part des agences étatiques*, in *Revue générale de droit international publique*, 2/2015, 383-402

Krotoszynski R.J., *The First Amendment in Cross. Cultural Perspective: A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*, New York, New York University Press

Kuner C., *International agreements, data protection, and EU fundamental rights on the international stage: Opinion 1/15, EU-Canada PNR*, in 55 *Common Market Law Review* 2018, 857-882

Labriola S., *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1978

Laguardia F., *Deterring Torture: The Preventive Power of Criminal Law and its Promise for Inhibiting State Abuses*, in 39 *Human Rights Quarterly*, 1/2017, 189-212

Lambert P., *Understanding the New European Data Protection Rules*, Boca Raton, London and New York, CRC Press, 2018

Lana I., *La concezione ciceroniana della pace*, in *Ciceroniana. Rivista di studi ciceroniani*, 1990

Latour X., *La loi relative au renseignement: un État de surveillance?*, in *JCP A* 2015, 2286-2298

Leiston-Bandeira C., L. Thompson, *Exploring Parliament*, Oxford, Oxford University Press, 2018

Le Bot O., *Un état d'urgence permanent? (Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme)*, in 33 *Revue Française de droit administratif*, 6/2017, 1115-1126

Lemmens K., "Irreligious" Cartoons and Freedom of Expression: A Critical Reassessment, in 18 *Human Rights Law Review* 1/2018, 89-109

Lester A., *Risking Torture*, in *European Human Rights Law Review*, 6/2005, 565-571

Lichtblau E., Risen J., *Bank Data Is Sifted by U.S. in Secret Block Terror*, New York Times (June 23, 2006), <https://www.nytimes.com/2006/06/23/washington/23intel.html>

Linksey O., *Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' of a Right to Data Protection in the EU Legal Order*, 63 *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 569-597

Linksey O., *The Data Retention Directive Is Incompatible with the Rights to Privacy and Data Protection and Is Invalid in its Entirety*, 51 *Common Market Law Review*, 2014, 1789-1812

Locke J., *Due trattati sul governo*, 1698, trad. it. a cura di R. Filmer, L. Pareyson, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1984

Loewenstein K., *Militant Democracy and Human Rights*, in 31 *American Political Sciences Review*, 417-432

Losano M.G., *La rete e lo Stato islamico*, Milano, Mimesis, 2017

Lombardi G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967

Lo Giudice A., *Dallo Stato di diritto allo Stato di sicurezza? Tracce di una torsione istituzionale*, in *Federalismi.it*, 21/2017

Luciani M., Volpi M. (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, il Mulino, 1997

Lucifredi P.G., Costanzo P., *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema francese*, Milano, Giuffrè, 2004

Lynch A., *Legislating with Urgency: The Enactment of the Anti-Terrorism Act* [No 1] 2005 *Cth*, in 30 *Melbourne University Law Review*, 2006, 747-781

Machiavelli N., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1531), Milano, Rizzoli, 1984

Madison J., *The Federalist*, No. 47, 1788

Mar J.-B., *After September 11th, the fight against terrorism in national and European law: substantive and procedural rules: some examples*, in 10 *European Law Journal*, 2/2004, 235-253

Marazzita G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003

Martin G., Scott Bray R., Kumar M. (eds.), *Secrecy, Law and Society*, London, Routledge, 2015

Martines T. et al., *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 2011

Masferrer A. (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Heidelberg-New York-London, Springer, 2011

Mauro C., *Une nouvelle loi contre le terrorisme: quelles innovations? A propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014*, in 88 *La Semaine Juridique*, 48/2014, 2126-2129

McGarrrity N. (ed.), *Counter-terrorism and beyond: the culture of law and justice after 9/11*, New York, Routledge, 2010

- McGarrrity N., Gulati R., Williams G., *Sunset Clauses in Australian Anti-Terror Laws*, in 33 *Adelaide Law Review*, 2012, 307-333
- Meiklejohn A., *Free Speech and its Relation to Self-Government*, New York, Harper Brother Publishers, 1948
- Meltem A., *Secure state, insecure people: Turkey's freedom of expression problem*, in 15 *Finnish Yearbook of International Law*, 2004, 177-231
- Mendes E.P. et al. (eds.), *Between Crimes and War: Terrorism. Democracy and the Constitution*, Toronto, Carswell, 2002
- Mezzetti L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2007
- Mezzetti L. (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, Giappichelli, 2013
- Mezzetti L., *La libertà decapitata. Dalle primavere arabe al Califfato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016
- Miller R.A., *Privacy and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- Mironenko Enerstvedt O., *Aviation Security, Privacy, Data Protection and Other Human Rights: Technologies and Legal Principles*, Cham, Springer, 2017
- Modugno F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995
- Moeckli D., *Human rights and non-discrimination in the "war on terror"*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008
- Mooney C., *A Short History of Sunset*, in *Legal Affairs*, 2004, consultabile all'indirizzo http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-2004/story_mooney_janfeb04.msp.
- Mosca C., *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche di sicurezza*, Padova, Cedam, 2012
- Mosca C., Gambacurta S., Scandone G., Valentini M. (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, Giuffrè, Milano, 2008
- Moretti M., *La nuova legge di pubblica sicurezza*, Napoli, Jovene, 1962
- Mortati C., *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946

- Mortati C., *Costituzione (dottrina generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, Giuffrè, 1961
- Mortati C., *La costituzione dello Stato e le garanzie costituzionali*, Roma, Edizioni Ricerche, 1965
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1969
- Mortati C., *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973
- Moss K., *Balancing liberty and security: human rights, human wrongs*, New York, Palgrave Macmillan, 2011
- Murphy C.C., *EU counter-terrorism law: pre-emption and the rule of law*, Oxford, Hart Publishing, 2012
- Murphy M.H., *Transparency and surveillance: assessing the approach of the Investigatory Power Tribunal in Liberty*, Public Law, 2/2016, 9-18
- Nania R., Ridola P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006
- Napoletano N., “*Extraordinary renditions*”, *tortura, sparizioni forzate e “diritto alla verità”*: alcune riflessioni sul caso “*El-Masri*”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2013, 331-364
- Ní Aoláin F. (ed.), *Guantánamo and beyond: exceptional courts and military commissions in comparative perspective*, New York, Cambridge University Press, 2013
- Nicol A., *Media law and human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2nd ed., 2009
- Spielmann D., Tsirli M., Voyatzis P. (eds.), *The European Convention on Human Rights, a living instrument: essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011
- O’Connell R., *Militant Democracy and Human Rights Principles*, in *Constitutional Law Review*, 1/2009, 84-90
- Orlandi R., *Segreto di Stato e limiti alla sua opponibilità fra vecchia e nuova normativa*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 5226-5234

Ortiz-Arroyo D. et al. (eds.), *Intelligence and Security Informatics. Lecture Notes in Computer Sciences*, Berlin-Heidelberg, Springer

Otty T., *The slow creep of complacency and the soul of justice: observations on the proposal for English courts to adopt "closed material procedures" for the trial of civil damages claims*, in *European Human Rights Law Review*, 3/2012, 267-275

Pace A., *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, vol. CLXV, 1963, 111-125

Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003

Pace A., *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2008, 4046

Pace A., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2/2013, 177-205

Pace A., *Parere pro veritate sulla legittimità costituzionale del c.d. decreto legge "sicurezza e immigrazione"*, 18 ottobre 2018, consultabile in goo.gl/thVpL9

Pagallo U., *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, Milano, Giuffrè, 2008

Pansa A., *La sicurezza nazionale. Innovazioni e nuovi limiti*, in *Gnosis*, 1/2019

Paraskeva C., *Protecting human rights in times of crisis: economic crisis or threats to security*, in *7 Annuaire international des droits de l'homme*, 2012-2013, 751-755

Passaglia P., *La giurisprudenza del "Conseil Constitutionnel" nel biennio 2015-2016*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2017, 2135-2174

Passaglia P., *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *Consulta OnLine*, 3/2016, 332-348

Patroni Griffi A., *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012

Patroni Griffi A., *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it*, 4/2018

Paulussen C., Scheinin M. (eds.), *Human Dignity and Human Security in Times of Terrorism*, The Hague, Springer Verlag/T.M.C. Asser Press, 2020

Peers S., Hervey T., Kenner J., Ward A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014

Pellé S., *Censure partielle de la nouvelle mesure administrative d'assignation à résidence: à la recherche de l'impossible équilibre en matière de lutte contre le terrorisme?*, in 194 *Recueil Dalloz*, 15/2018, 830-835

Perrier J.-B., *La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'Etat de droit*, in 194 *Recueil Dalloz*, 1/2018, 24-32

Petkova B., *Towards an Internal Hierarchy of Values in the EU Legal Order: Balancing the Freedom of Speech and Data Privacy*, in 23 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 421

Petropoulou A., *Liberté et sécurité: les mesures antiterroristes et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2014

Pezzuto R., *Contenuti terroristici online: l'Unione europea lavora a nuove forme per prevenire la diffusione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2019, 35-56

Pfersmann O., *L'enigma della giustizia costituzionale europea: controllo senza costituzione, struttura costituente paradossale o messianismo costituzionale?*, in *Rivista AIC*, 3/2014

Pfersmann O., *L'état d'urgence: la petite exception en dehors de la grand Constitution*, in *Democrazia e sicurezza*, 2016, 3-18

Pfersmann O., *Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité*, in *Cités*, 2/2016, 103-112

Picod F. et al. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018

Pinna P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988

Pizzetti F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, Giappichelli, 2016

Pizzorno A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998

Poli S., *Challenging EU counter-terrorism measures before the courts: an assessment of the Kadi judgment*, 28 *Yearbook of European Law*, 533-697

Pollicino O., Bassini M., *La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, Diritto penale contemporaneo, 9 gennaio 2017

Pupo V., *Prime note sul segreto di Stato nella democrazia rappresentativa*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 152-180

Pupo V., *La democrazia intollerante. Quanta libertà si può limitare in difesa della libertà?*, in *Federalismi.it*, 4/2018, 1-32

Rajska D., *Human rights obligation of States in the context of counter-terrorism operations: a commentary in the light of Al-Nashiri v. Poland and Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, Ariccia, Aracne, 2015

Ramraj V.V., Hor M., Roach K., Williams G. (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012

Reed E. (ed.), *Civil liberties, national security and prospects for consensus: legal, philosophical and religious perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012

Rengel A., *Privacy in the 21st Century*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2013 (Studies in intercultural human rights)

Resta G., Zeno-Zencovich V. (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, UniTre Press, 2016

Roach K. (ed.), *Comparative Counter-Terrorism Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015

Roberson C., *Constitutional Law and Criminal Justice*, Boca Raton, London and New York, CRC Press, 2016

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2013

Rolla G., *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2015

Rollnert Liern G., *Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación complicada*, in *Revista de Derecho Político*, 2014, 231-262

ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, 1909, ora in *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969

- Ronen Y., *Incitement to Terrorist Acts Under International Law*, in 23 *Leiden Journal of international Law*, 3/2010, 645-674
- Rosand E., *Security Council Resolution 1373, the Counter-terrorism Committee, and fight against terrorism*, in 97 *American Journal of International Law*, 2/2003, 333-341
- Rosenfeld M., *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, in 27 *Cardozo Law Review*, 2006, 2079-2151
- Roudier K., *Le Conseil Constitutionnel face à l'avènement d'une politique securitaire*, in *Les Nouveaux Cadeaux du Conseil Constitutionnel*, 2/2016, 37-50
- Rousseau J.J., *Il contratto sociale*, 1762, 10ma ed. a cura di A. Burgio et al., Milano, Feltrinelli, 2017
- Roy O., *Headquarters of Terrorists Is "Virtual Ummah"*, in *New Perspective Quarterly*, 2010, 41-44
- Rubechi M., *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)* in *Federalismi.it*, 23/2016
- Rudan D., *Espulsione per motivi di sicurezza nazionale e garanzie processuali: il caso Geleri*, in 5 *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2011, 399-402
- Ruggeri A., D'Andrea L., Saitta A., Sorrenti G. (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007, 15
- Saint-Bonnet F., *Etat d'urgence: un statut constitutionnel donnée à l'arbitraire*, in 90 *La Semaine Juridique*, 4/2016, 137-140
- Sajo A., *From Militant Democracy to the Preventive State?*, in *Constitutional Law Review*, 1/2009, 63-83
- Salinas de Frías A., *Counter-terrorism and human rights in the case law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2012
- Samuel K.L.H., *The OIC, the UN, and counter-terrorism law-making: conflicting or cooperative legal orders?*, Oxford, Hart Publishing, 2013
- Savino M., *Enemy Aliens in Italy: The Conflation between Terrorism and Immigration*, in 3 *Italian Journal of Public Law*, 2011, 224-243

- Scagliarini S. (a cura di), *Il “nuovo” codice in materia di protezione dei dati personali*, Torino, Giappichelli, 2019
- Scanlon T.M., *Freedom of Expression and Categories of Expression*, in 40 *University of Pittsburgh Law Review* 1979, 519-550
- Schabas W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2015
- Schauer F., *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982
- Scheinin M., *Reflections on defining “terrorism”*, in R.F. Jorgensen, K. Slavensky (eds.), *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjaerum*, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007, 396-404
- Scheinin M. (ed.), *Judges as guardians of constitutionalism and human rights*, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar, 2016
- Scheinin M., *The EU Regulation on Terrorist Content: An Emperor Without Clothes*, *Verfassungsblog*, 30 January 2019, <https://verfassungsblog.de/the-eu-regulation-on-terrorist-content-an-emperor-without-clothes/>
- Scheppele K.L., *Other People’s Patriot Acts: Europe’s Response to September 11*, in 50 *Loyola Law Review*, 2004, 89-148
- Scheppele K.L., *North American Emergencies: The Use of Emergencies Powers in Canada and the United States*, in 4 *International Journal of Constitutional Law*, 2/2016, 213-243
- Scoditti E., *Il contropotere giudiziario – saggio di riforma costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999
- Scotti V.R., *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione di modelli*, Rimini, Maggioli, 2014
- Scotti V.R., *‘Vogliamo i colonnelli’?: riflessioni preliminari sul fallito colpo di stato in Turchia e sull’evoluzione del ruolo dei militari nell’ordinamento costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016
- Scudiero L., *“Data retention” a sei anni. La Corte di giustizia dell’UE la boccerebbe come ha fatto con l’accordo Europa Canada sui PNR [“Passenger Name Records” - codice di prenotazione]*, in *La rivista di diritto dei media*, 1/2017, 3

Signorato S., *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 Codice privacy da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11/2018, 153-161

Silvestri G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in XXXIV *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, Giuffrè, 1985

Sinnar S., *Patriotic or Unconstitutional? The Mandatory Detention of Aliens under USA Patriot Act*, in 55 *Stanford Law Review*, 2003, 1419-1456

Slobogin C., *Privacy at Risk: The New Government Surveillance and the Fourth Amendment*, Chicago, University of Chicago Press, 2007

Smith A., *Lectures on Jurisprudenza* (1762-1763), Indianapolis, Liberty Fund, 1982

Sorrentino F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, CEDAM, 2019

Sottiaux S., *Leroy v. France: apology of terrorism and the malaise of the European Court of Human Rights' Free Speech Jurisprudence*, in *European Human Rights Law Review*, 3/2009, 415-427

Stabero G., *Time to Take Stock and Undo the Damage? Reflections on Counter-Terrorism and Human Rights*, in *European Yearbook on Human Rights*, 65-84

Stanzione M.G., *Il nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali: genesi e ambito di applicazione*, in Sica S., D'Antonio V., Riccio G.M., *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, Cedam, 2016

Steyn J., *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, in 53 *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 1-15

Stratford J., *The Snowden "revelations": is GCHQ breaking the law?*, in *European Human Rights Law Review*, 2/2014, 129-141

Sunstein C., *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione* (2005), trad. it. a cura di U. Izzo, Laterza, Roma-Bari, 2008

Tassone L., *La surveillance de masse dans la jurisprudence de la Court européenne des droits de l'homme*, in *L'observateur de Bruxelles*, janv. 2017, 21-25

Taylor N., *To find the needle do you need the whole haystack? Global surveillance and principles regulation*, in 18 *The International Journal of Human Rights*, 1/2014, 45-67

- Tavernier P. (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme: la jurisprudence en 2008: présentation, commentaires et débats*, Bruxelles, Bruylant, 2010
- Teti A., *Isis e "social network". Da Twitter a Facebook passando per WhatsApp e YouTube*, in *Gnosis*, 4/2015, 74-83
- Thénault S., *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d'une loi*, in *Le Mouvement Social*, 2007, 63
- Thiel M. (ed.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracy*, New York, Routledge, 2009
- Thomas P., *Responding to the Threat of Violent Extremism*, London, Bloomsbury, 2012
- Thwaites R., *The Liberty of Non-citizens: Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014
- Tiberi G., *Il caso "Big Brother Watch" quale cambio di paradigma nel bilanciamento tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, 931-933
- Tomkins A., *Legislating against Terror: The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, in *Public Law*, 2002, 205-220
- Tomkins A., *Readings of A. v. Secretary of State for the Home Department*, *Public Law*, 2005, 259-266
- Tomkins A., *National Security and the Due Process of Law*, in *64 Current Legal Problems*, 1/2011, 215-253
- Tomuschat C. (ed.), *The right to life*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff, 2010
- Tréguer F., *Internet Surveillance in France's Intelligence Act*, 2016, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01399548/document>
- Troper M., Chagnollaud D. (dir.), *Traité International de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012
- Trucco L., *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2004
- Trucco L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2013

Trucco L., “Data retention”: *la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2014, 1850-1856

Türk P., *Etat d'urgence: les perquisitions administratives sous contrôle*, in 90 *La Semaine Juridique*, 2016, 1871-1874

Turkey Prime Ministri, The Undersecretariat for Public Order and Security, *Legislation of the Undersecretariat for Public Order and Security and Counter-Terrorism Act*, Ankara, Publications of the Undersecretariat for Public Order and Security

Tushnet M., Graber M.A., Levinson S. (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2015

Tzanou M., *The War against Terror and Transatlantic Information Sharing: Spillovers of Privacy or Spillovers of Security*, in 31 *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, 87-103

Tzanou M., *European Union Regulation of Transatlantic Data Transfers and Online Surveillance*, in 17 *Human Rights Law Review*, 3/2017, 545-565

Ulfstein G., *Counter-terrorism measures: the need for national and international review*, in 25 *Nordic Journal of Human Rights*, 2/2007, 205-212

van den Herik L., Schrijver N. (eds.), *Counter-Terrorism and International Law: Meeting the Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013

Van Dijk P., Van Hoof F., Van Rijn A., Zwaak L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5^a ed., Cambridge, Intersentia, 2018

van Ginkel B., *Responding to Cyber Jihad: Towards an Effective Counter Narrative*, ICCT Research Paper, March 2015

Van Kempen, P.H., *Four concepts of security: a human rights perspective*, in 13 *Human Rights Law Review*, 1/2013, 1-23

Vanoni L.P., *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e datagate: Security v. Privacy*, in *Federalismi.it*, 1/2015

Vanoni L.P., *L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale: il caso della privacy digitale*, in *DPCE online*, 2/2019, 1209

- Vedaschi A., *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano, Giuffrè, 2001
- Vedaschi A., *Osama bin Laden: l'ultimo targeted killing. Gli Stati Uniti hanno dunque la licenza di uccidere?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2011, 1196-1229
- Vedaschi A., *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2012, 978-1012
- Vedaschi A., *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4/2013, 1255-1295
- Vedaschi A., *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 394-403
- Vedaschi A., *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La "data retention" al test di legittimità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2014, 1224-1245
- Vedaschi A., Lubello V., *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy*, 20 *Tilburg Law Review*, 2015, 14-34
- Vedaschi A., *State Secret Privilege versus Human Rights: Lessons from the European Court of Human Rights Ruling on the Abu Omar Case*, in 13 *European Constitutional Law Review*, 166-181
- Vedaschi A., *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2017, 1913-1940
- Vedaschi A., *The European Court of Justice on the EU-Canada Passenger Name Record Agreement: ECJ, 26 July 2017, Opinion 1/15*, in 14 *European Constitutional Law Review*, 2018, 410-429
- Vedaschi A., *Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU-Canada PNR agreement*, in 8 *International Data Privacy Law*, 2018, 124-139
- Vedaschi A., *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in 66 *American Journal of Comparative Law*, 2018, 877-926
- Vedaschi A., Graziani C., *National Security and Counter-Terrorism in Canada: Past, Present and Future*, in *DPCE Online*, 1/2019, 749-773

Vedaschi A., Graziani C., *Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure*, in *Verfassungsblog*, 29 January 2019, <https://verfassungsblog.de/citizenship-revocation-in-italy-as-a-counter-terrorism-measure/>

Vervaele J.A.E., *The Anti-terrorist Legislation in the US: Criminal Law for the Enemies*, in 1 *Inter-American and European Human Rights Journal*, 1/2008, 5-60

Violini L., Baraggia A. (eds.), *The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe: The Role of Judicial and Non-Judicial Actors*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2018

Volcansek M., Stack J.F. (eds.), *Courts and terrorism: nine nations balance rights and security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011

Volpi M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2007

von Bogdandy A., *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in 37 *Common Market Law Review*, 1307-1338

Walker C., *The Threat of Terrorism and the Fate of Control Orders*, in *Public Law*, 2010, 4-17

Walker C., *Legal Perspectives on Contingencies and Resilience in an Environment of Constitutionalism*, in 18 *The International Journal of Human Rights*, 2/2014, 119-126

Walker C., Conway M., *Online Terrorism and Online Laws*, in 8 *Dynamics of Asymmetric Conflict*, 2015, 156-175

Walker C., *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 2016

Walker C., *The War of Words with Terrorism: An Assessment of Three Approaches to Pursue and Prevent*, 22 *Journal of Conflict and Security Law*, 2017, 523-551

Weber A., *Manual on Hate Speech*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009

Weiler J.H.H., *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2002, 521-536

Weimann G., *Terrorism in Cyberspace*, New York, Columbia University Press, 2015

Weimann G., *Going Dark: Terrorism on the Dark Web*, 39 *Studies in Conflicts and Terrorism*, 2016, 195-206

Weinzierl Q., *Difficult Times Ahead for the Facebook „Supreme Court“*, in *Verfassungsblog*, 21 September 2019, <https://verfassungsblog.de/difficult-times-ahead-for-the-facebook-supreme-court/>

Wills A., *Democratic and effective oversight of national security services: issue paper*, Strasbourg, Council of Europe, 2015

Wojnowska-Radzińska J., *The access to secret evidence in expulsion proceedings under the European Convention on Human Rights*, in 35 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 4/2017, 230-245

Worster W.T., *European Union Citizenship and the Unlawful Denial of Member State Nationality*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3459635

Zaccaria R., *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative*, Roma, Camera dei Deputati, 2008

Zaccaria R., *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 238-292

Ziegler K.S., *The UK and European human rights: a strained relationship?*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015

Zipperle N., *EU International Agreements: An Analysis of Direct Effects and Judicial Review Pre- and Post-Lisbon*, Cham, Springer, 2018

Zuiderveen Borgesius F.J., Arnbak A., *New Data Security Requirements and the Proceduralization of Mass Surveillance Law after the European Data Retention Case*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-41

Zweig S., *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo* (1942), trad. it. a cura di L. Mazzucchetti, Milano, Mondadori, 1994